Th. Hutmann.
Stud. jur.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph Ihering,
k. k. österreichischem Hofrath und ordentlichem Professor der Rechtswissenschaft in Wien.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Zweite, verbesserte Auflage.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1869.

LIBRARY
NOV 17 1975
UNIVERSITY OF TORONTO

K
J5973
G3
1866
v. 2,
pt. 2

Vorrede zur zweiten Auflage.

Der gegenwärtige Band hat in der zweiten Auflage viele Zusätze im Einzelnen erfahren, ohne daß sein äußerer Umfang erheblich vermehrt worden wäre, da ich andererseits möglichst zu kürzen versucht habe. Die zwei §§ 46 und 47 der ersten Ausgabe habe ich wegen ihres gar zu großen Umfangs in mehrere durch Zusatz von Buchstaben bezeichnete zerlegt; bei dem § 47 habe ich des besseren Zusammenhanges wegen einiges an eine andere Stelle gebracht, wobei ich zum Zweck der leichteren Auffindung von Citaten der ersten Auflage die alten Notenzahlen in Parenthese hinzugefügt habe. Die Vorrede der ersten Auflage lasse ich als eine seiner Zeit von mir gehaltene und auch jetzt noch nicht überflüssig gewordene oratio pro domo unverändert abdrucken.

Mancherlei andere Arbeiten haben in den letzten beiden Jahren mich abgehalten, mich der Vollendung des Werks, so wie ich es gewünscht hätte, zu widmen; ich hoffe jedoch im nächsten Jahre den fünften Band desselben (Theil 3, Abth. 2) liefern zu können.

Wien, den 30. Sept. 1868.

Vorrede der ersten Auflage.

Meine in der Vorrede zu der ersten Abtheilung des zweiten Bandes ausgesprochene Hoffnung, in Jahresfrist die zweite Abtheilung und mit ihr den Schluß des zweiten Systems bringen

zu können, hat leider in dem Maße Schiffbruch gelitten, daß ich selbst jetzt noch mich nur mit einer Stückzahlung begnügen muß; mit der gegenwärtigen Abtheilung ist der zweite Band, das zweite System wird aber erst mit dem dritten Bande geschlossen sein.

Der Druck der bisherigen Abtheilung hat bereits vor mehr als drittehalb Jahren begonnen — ein Umstand, der mich gegenüber der laufenden Literatur in eine üble, je länger, je mehr sich steigernde üble Position versetzt hat. Könnte ich noch daran zweifeln, daß das Beste von dem, was wir zu finden glauben und das unsrige nennen, in der Atmosphäre schwebt — eine reife Frucht am Baume der Zeit, die wir nur brechen, nicht erzeugen — die Bemerkung, daß manche von den in der gegenwärtigen Abtheilung ausgesprochenen Ideen, die ich zur Zeit des Drucks noch in jenem Sinne meine eignen glaubte nennen zu dürfen, seitdem auch in andern Schriften auftauchen, würde genügen, meine Zweifel zu heben.

Mögen diejenigen Schriftsteller, die sich mir gegenüber in derselben Lage zu befinden glauben, in diesem Umstand die Erklärung suchen, warum sie an den betreffenden Stellen meines Buchs nicht genannt sind;*) ich habe sonst überall, wo ich Ideen, die nicht bereits Gemeingut geworden sind, bewußter Weise von Andern entlehnt habe, das fremde Eigenthum gewissenhaft respectirt.

Die gegenwärtige Abtheilung bricht mitten in der römischen Technik ab, aber das Hauptstück derselben: das Haften an der

*) So finden sich z. B. in Kuntze Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft Leipz. 1856 S. 74 fl. einige Anklänge an Ideen, die ich in §. 41 ausgesprochen habe. Die allgemeine Theorie der Technik (§. 37—41) war bereits im Frühjahr 1856 vor dem Erscheinen jener Schrift gedruckt, und die Quintessenz derselben hatte ich schon in dem Einleitungsaufsatz zu den von Gerber und mir herausgegebenen Jahrbüchern gegeben.

Aeußerlichkeit, ist wenigstens innerlich und äußerlich abgeschlossen. Was mir jetzt noch bleibt, ist vor allem die Schilderung der analytischen Methode der ältern Jurisprudenz. Wann der dritte Band erscheinen wird, darüber will ich, gewitzigt durch meine bisherigen Erfahrungen, keinerlei Zusicherung ertheilen. Je länger ich an meinem Werke arbeite, desto mehr überzeuge ich mich, daß die Ergiebigkeit eines Stoffs und die Länge der Zeit, die er mich muthmaßlich in Anspruch nehmen wird, sich im Voraus gar nicht berechnen lassen. Die Ausarbeitung für den Druck hat mir fast immer an einem Gegenstand, der mich seit Jahren beschäftigt hatte, die eine oder andere neue Seite und zugleich Schwierigkeiten erschlossen, die ich früher kaum geahnt hatte. Ein solches Thema, wie das meinige, läßt sich nie erschöpfen, und hätte ich nicht in richtiger Erkenntniß davon mir zum Grundsatz gemacht, einen fertig gewordenen Paragraphen sofort in die Druckerei zu senden, ich würde auch bei aller Arbeit nie mit demselben fertig geworden sein. Ich habe in der Vorrede zum ersten Bande den „Geist des Römischen Rechts" als meinen Quälgeist bezeichnet. Hinter der burlesken Form steckte mehr Ernst, als Manche dahinter finden mögen. Ich glaube, daß es keine wissenschaftliche Aufgabe gibt, die demjenigen, der es ernst mit ihr meint, mehr Qualen bereitet, ihn mehr aufreibt und an ihm zehrt, als eine derartige, wie es die meinige ist, d. h. eine Aufgabe geschichtsphilosophischer Art. Ich meine nicht etwa die Schwierigkeiten der Abstraction, nicht jenes unbehagliche, demüthigende Gefühl, das sie hinterlassen, auch bei angestrengtester Arbeit nie ihrer Herr geworden zu sein, stets etwas in der Sache zurücklassen zu müssen, das man ahnt, aber nicht finden kann. Ich meine etwas anderes. Einmal zunächst die Gefahr des Abweges zur Oberflächlichkeit, Seichtigkeit, geistreichen Nichtssagerei. Sie liegt nicht etwa in dem Subject, sondern in der Aufgabe selbst. Sie ist es, die gründlichen und vorsichtigen Naturen so häufig

eine Abneigung gegen die Aufgabe selbst einflößt und sie mit gerechtem Mißtrauen gegen die von keckeren Naturen unternommenen Lösungsversuche erfüllt. Und in der That! es sind nicht immer die Besten, welche sich ihr zuwenden. Welche Schaar hat sich unter dem Banner versammelt, das ich angeblich zuerst aufgesteckt haben soll, welche Phrasen, welche Seifenblasen, welche schiefen, in ihrer eignen Unwahrheit und Absurdität sich vernichtenden Anschauungen und Offenbarungen hat man uns aufgetischt! Auf diesem Felde glaubte man am müheloseſten Lorbeern erringen zu können, zu ärndten, wo Andere gearbeitet, ihren auf dem Wege mühsamer Forschung gewonnenen Resultaten nur eine bunte Jacke anziehen zu brauchen, um sie zu den seinigen zu machen. Jene Lorbeern sind aber schnell verwelkt, und soweit die meinigen in ähnlicher Weise erworben sind, wünsche ich dasselbe auch von ihnen. Ich darf von mir behaupten, daß mich nicht die Flucht vor ernster Arbeit jener Aufgabe in die Arme geführt hat; ich habe in ihr mehr Arbeit erwartet und gefunden, als mir irgend ein concreterer Stoff in Aussicht gestellt hätte. Eben darum aber ist mir der Unfug, den man mit der Sache getrieben, die Frivolität und Seichtigkeit, die dabei zu Tage getreten, in innerster Seele verhaßt, und schon lange suchte ich nach der Gelegenheit, die mir jetzt erst zu Theil wird, meinem Urtheil einen öffentlichen Ausdruck zu geben. Ich fürchte nicht, daß ich mir damit selbst das Urtheil spreche. Daß nicht auch ich der Versuchung des Construirens und gewagten Combinirens öfters unterlegen sein sollte, wie könnte ich es mir verhehlen? Gehe Einer hin und versuche es —, ob er frei davon bleibt! Aber wessen ich mir bewußt bin und wessen ich leider gezwungen bin mich zu rühmen, ist die Liebe zu meiner Aufgabe und der Fleiß und Ernst, die einmal die untrennbaren Begleiter der Liebe sind. In diesem Bewußtsein fühle ich mich stark genug, das Urtheil über mich heraus zu fordern und auf Schonung zu verzichten. Aber

andererseits erhebe ich auch den Anspruch, mich nach mir selbst zu beurtheilen und mir nicht Verirrungen Anderer zur Last zu legen, über die mein Urtheil nicht anders lautet als das aller Verständigen.

Daß ich an meinen Richter den Anspruch erhebe, mein Buch zu lesen, könnte als ein Hohn klingen. Leider hat es seinen triftigen Grund. Ob der bloße Titel meines Buchs in den Augen Mancher schon ausreichend ist, um ihm ungelesen das Verdammungsurtheil zu sprechen? — kurzum Walter in Bonn hat sich nicht entblödet dies über sich zu gewinnen. Sein Durchzug durch sämmtliche Disciplinen der Jurisprudenz führte ihn auch auf die Encyclopädie, und wir verdanken dieser Gelegenheit das lehrreiche und erbauliche Schauspiel, einen Mann, der auf concret historischem Gebiet sich immer mit Geschick und Vorsicht bewegt hat, auf dem philosophischen Seile mit der Balancirstange in der Hand sich abmühen zu sehen. Neben den sonstigen auf ein philosophisch unmündiges Publicum berechneten Productionen ergeht er sich auch über die Philosophie des positiven Rechts (§. 48) und gibt bei dieser Gelegenheit verschiedene „Cautelen", wie Thomasius sie nennen würde, zur „umsichtigen und fürtrefflichen Herstellung" einer solchen. Die dritte lautet dahin, daß man sich „bei der Charakteristik dessen, was man den Geist eines Rechts nennt, vor einer zu vagen Allgemeinheit hüten müsse. Das Recht eines Volks sei, wie das Volk selbst, aus so vielen geistigen Elementen zusammengesetzt, es herrsche so sehr in den Instituten bald das eine, bald das andere Element vor, daß ein für alle gelten sollender Charakterzug, zumal wenn noch die Färbung einer philosophischen Schule hinzukomme, nur zu leicht auf unwahre und unfruchtbare Redensarten hinauslaufe." In der Note wird neben Anderen dann auch mir die Ehre zu Theil als abschreckendes Beispiel zu figuriren, und zwar soll ich als Charakter des römischen Rechts die Subjectivität, als die des deutschen

die Objectivität hingestellt haben, während Schmidt (Unterschied zwischen dem röm. u. german. Recht) denselben gerade entgegengesetzt bestimme. Daß der letztere Schriftsteller mit aller seiner Mühe, die er sich gegeben, dem deutschen Recht die Objectivität, dem römischen die Subjectivität zu vindiciren — eine Formel, die sich in jedem Paragraphen des Buchs wiederholt — so wenig ausgerichtet hat, daß gerade er sich als Zeugen für das Gegentheil aufführen lassen muß, — nun, das würde in Betracht kommen, wenn es sich fragte, ob Walter, ich will nicht sagen, das Schmidtsche Buch gelesen, sondern nur einen Blick hineingethan habe. Für mich handelt es sich nur um mein Buch. Und darüber fordere ich jeden Leser zum Richter auf. Wo habe ich den Versuch gemacht, den principiellen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht zu bestimmen oder gar auf die mir untergelegte Formel (die Schmidtsche, gegen die ich Bd. 2 S. 125 selbst Protest erhoben habe) zurückzuführen? Wo habe ich von einer Objectivität des deutschen Rechts gesprochen? wo das römische über den kahlen und dürren Leisten der Subjectivität geschlagen? Ich meine, mein ganzes Buch liefert den schlagenden Gegenbeweis gegen die Möglichkeit, den Charakter eines Rechts auf eine Formel zurückzuführen. Doch, warum soll ich mich über Walter beklagen? Wie könnte ich mehr verlangen, als die alten Schriftsteller, deren Citate nicht selten falsch, also ungelesen aus der Zimmernschen Rechtsgeschichte in die Waltersche übergegangen sind? Nur den Rath will ich diesem Gelehrten nicht vorenthalten: will er wiederum über Bücher urtheilen, ohne sie gelesen zu haben, so verdecke er es durch das, was mir in seinen Augen zum Schaden gereicht haben soll: „vage Allgemeinheit."

In der Vorrede zu seiner römischen Rechtsgeschichte hat Rudorff Aeußerungen gethan, die auch auf mich bezogen worden sind. Er spricht hier von einer neuern Richtung, die sich durch ihre „exclusive Verfolgung der allgemeinsten Rechtsan-

schauungen, bedenkliche Unterschätzung treuer Erforschung auch des scheinbar Geringfügigen, Versuche neuer Methoden und durch eine der niedern Naturwissenschaft entlehnte Terminologie" charakterisire. In der Verdammung dieser Richtung stimme ich ganz mit ihm überein, um so mehr aber habe ich Anlaß dagegen zu protestiren, daß man mich ihr zuzähle.

Meine Ansicht über allgemeine Gesichtspunkte kann ich mit einem Worte wiedergeben: ich betrachte sie als Schlüssel zum Verständniß des Einzelnen. Für den, der sich nicht im Besitz des Einzelnen befindet, ist der Schlüssel ohne allen Werth, und ich könnte mir nichts Verkehrteres denken, als den akademischen Vortrag der Rechtsgeschichte statt auf die Erlernung des Einzelnen auf allgemeine Gesichtspunkte zu stellen. Es hieße die studierende Jugend systematisch zur Oberflächlichkeit und Ungründlichkeit zu erziehen, ihr anstatt eines wirklichen Besitzthums Nachschlüssel in die Hände zu geben, abstracte Dietriche, mit denen sie mehr verdrehen als öffnen würden.

Also: der Werth der allgemeinen Gesichtspunkte bestimmt sich sowohl für den Einzelnen als die Wissenschaft nach dem Concreten, das sie erschließen. Wie nun, wenn man sich so in die Arbeit theilte, daß der Eine das Concrete, der Andere das Abstracte zu liefern übernähme? In der That scheinen Manche mich in den Ruf bringen zu wollen, als hätte ich es auf eine solche Theilung der Arbeit abgesehen, und als ob ich von der Höhe des „Geistes" mit einem gewissen Mitleiden auf die mit der treuen Erforschung des Einzelnen beschäftigten Arbeiter herabsähe. Mit Worten dagegen zu protestiren, wäre vergeblich, ich hoffe durch die That jenen Vorwurf mehr und mehr verstummen zu machen. Ich unterstelle die gegenwärtige Abtheilung ganz und gar der Kritik vom Standpunkt des Concreten. Möge man also bei der Beurtheilung derselben gerade das, woran für mich der Schweiß jahrelangen Ringens klebt: die Auffindung, Verfolgung und

plastische Gestaltung des Allgemeinen ganz außer Anschlag lassen, mich lediglich messen und wiegen nach den Einzelnheiten, die ich selbst zuerst in den Quellen entdeckt oder in den rechten Zusammenhang und dadurch zu ihrem Verständniß gebracht habe — in meinen eignen Augen hat dies zwar nur einen untergeordneten Werth, aber gegenüber denen, die sich mir gegenüber mit derartigen Leistungen zu brüsten gedenken, will ich es getrost in die Wagschale werfen und mir ganz und gar das Maß gefallen lassen, mit dem *sie* gemessen sein wollen, ohne meinerseits zu verlangen, daß sie sich ihrerseits auch einmal *meinem* Maße unterwerfen sollen.

Der Wunsch, meinen Gegnern diesen bequemen Einwand gegen ein ihnen unbequemes Buch aus den Händen zu nehmen, ist auf die Ausarbeitung der vorliegenden, wie bereits der vorhergehenden Abtheilung nicht ohne Einfluß geblieben. Ich habe nämlich bei beiden des Stofflichen lieber eher zu viel als zu wenig gethan, und einen Theil der Schuld an dem Anschwellen meines Werkes mögen diejenigen tragen, welche mich zu diesem Akt der literarischen Selbsterhaltung genöthigt haben.

Mich gegen den „Versuch einer neuen Methode" zu rechtfertigen, kann mir so wenig in den Sinn kommen, daß ich umgekehrt diesen Vorwurf mit Freuden acceptire. Darauf ist allerdings mein Buch berechnet, die bisher ausschließlich herrschende Methode in der Darstellung der römischen Rechtsgeschichte zu verlassen, um eine andere *daneben* zur Geltung zu bringen. Nicht aber sie zur *ausschließlichen* zu machen. Ich selbst würde, wenn ich römische Rechtsgeschichte zu lesen hätte, die meinige für ungeeignet halten, aus demselben Grunde, aus dem eine Vorlesung über Philosophie der Geschichte die historischen Vorträge nicht ersetzen kann. Aber etwas anderes ist es, die Methode zum Zweck der *Forschung und literarischen Darstellung* zu verwenden, und daß sie nach dieser Seite hin vollkommen

berechtigt ist, darüber warte ich ohne Bangen das Urtheil der Zeit ab.

Die „Terminologie der niederen Naturwissenschaft für die höhere Jurisprudenz" verwandt zu haben — von diesem Vorwurf kann ich mich allerdings nicht lossprechen. Aber daß ich sie mit der „durch ihre Festigkeit und Eigenthümlichkeit unschätzbaren Rechtssprache vertauscht hätte", damit hat es doch eine etwas andere Bewandniß. Wer alte Begriffe statt mit alten Ausdrücken mit neuen, selbstfabricirten bezeichnet, ist ein Narr, und die Welt nimmt von seinen Umtaufungsversuchen keine Notiz. In einer andern Lage aber befindet sich der, welcher neue Begriffe und Anschauungen vorzutragen hat, bestände das Neue auch nur darin, daß er etwas bereits Vorhandenes auf eine bestimmte einzelne Wissenschaft überträgt. Will er sich nicht bloß auf einige wenige Fachgenossen beschränken, will er zu einem größeren Publicum sprechen und namentlich, wie ich, auch Studierenden und Laien verständlich werden, so ist er gezwungen, für seine Ideen nach Anknüpfungspunkten zu suchen, über die ein Jeder gebietet, Bilder und Vergleiche zu benutzen u. s. w. Wo fänden sich diese Anknüpfungspunkte an das sinnliche Denken in dem Maße als in der Natur und mithin die zu recipirenden Ausdrücke in dem Maße als in der Naturwissenschaft? Ein Anderer, der mit lauter gegebenen Begriffen operirt, hat leicht zu meistern: mach's wie ich, gebrauche nur abstracte Ausdrücke. Nach funfzig Jahren, wenn jene Anschauungen erst Gemeingut geworden und allseitig geprüft, berichtigt und ausgetragen sind, kann ich's auch; wenn ich's aber jetzt versuchen wollte, würden die meisten meiner Leser mein Buch als ein abstruses in die Ecke werfen.

Dies führt mich auf einen andern Punkt hinsichtlich der Darstellung, der mir viele Schwierigkeiten verursacht und das raschere Fortarbeiten ungemein erschwert hat. Ich meine die richtige Verbindung des abstracten mit dem concret historischen

Element. Wenn irgendwo die Darstellung sich wie auf schmaler Linie zwischen zwei Extremen zu bewegen hat, so ist dies bei einer Aufgabe wie der meinigen der Fall. Das Abstracte ohne starke, stoffliche Füllung ist ermüdend, trocken und bei den meisten Lesern wirkungslos. Also als Gegengewicht ein bedeutendes stoffliches Element. Aber eben damit beginnt die Gefahr des Zuviel und Zuwenig, das auf den rein subjectiven Takt gestellte Abmessen des richtigen Gleichgewichts: eine Klippe, die für einen Schriftsteller, welcher einen concreten Stoff vor sich hat, gar nicht existirt. Ob man die allgemeinen Ideen, zunächst mit einzelnen Beispielen untermischt, vorausschicken, ob man sie in die Darstellung des Concreten verweben oder erst durch die unbefangene concrete Darstellung Grund und Boden für die abstracte Betrachtung gewinnen soll, ob man das historische Material seinem ganzen Umfang nach mittheilen oder als bekannt voraussetzen oder nur wie im Vorübergehen an die wesentlichen Punkte erinnern soll — das sind lauter Fragen, die sich mir fast bei jedem neuen Gegenstand wiederholt haben und bei jedem in individueller Weise zu lösen waren. Ob die Lösung immer die richtige gewesen, darüber will ich mit Niemanden rechten. Dem Einen mag ich des Allgemeinen, dem Andern des Concreten zu viel gethan haben. Darüber gibt es keinen objectiven Maßstab. Ich bitte nur zu berücksichtigen, daß es mir nach meiner Erklärung in der Einleitung meines Werks (B. 1 S. 11) nicht bloß auf das römische Recht ankommt, sondern zugleich darauf, an und in dem römischen Recht das Wesen des Rechts überhaupt zur Anschauung zu bringen. Wer liest heutzutage noch Untersuchungen über das Wesen des Rechts? Wer sie feil hat, darf sie daher dem Publicum nicht in dieser Gestalt vorführen, sondern in und an einem concreten Stoff. Meiner festen Ueberzeugung nach gereicht dies ihnen selbst zu hohem Nutzen. Die Rechtsphilosophie würde ihren Kredit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie sie es leider heutzutage hat,

wenn sie sich das Element des Historischen und Concreten nicht zu sehr hätte abhanden kommen lassen. Ihre Zukunft liegt m. E. in einer energischeren Wiederaufnahme desselben, in einer auf dem Wege der Analyse und Vergleichung des Einzelnen zu gewinnenden Naturlehre des Rechts. Dazu Beiträge zu liefern, ist der ausgesprochene Zweck meines Buchs, und von der vorliegenden Abtheilung bitte ich namentlich die allgemeine Theorie der Technik und des Formalismus aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen.

Meiner oratio pro domo habe ich noch einen Punkt hinzuzusetzen. Zu den Vorwürfen, die mir gemacht sind, gehört namentlich auch der der Verwegenheit im Combiniren und der Aufstellung von Hypothesen. Ich nehme ihn hin. Aber ich gebe ihn auch zurück. Ich bin nicht Zöllner genug, um dem Pharisäer gegenüber an meine Brust zu schlagen und zu sagen: Gott sei mir Sünder gnädig. Daß ein Werk, wie das meinige, seiner ganzen Bestimmung und Anlage nach mehr Anlaß zu Hypothesen und Combinationen gibt, als eine auf einen einzelnen Punkt sich beschränkende rechtshistorische Abhandlung oder ein Compendium der Rechtsgeschichte, liegt auf der Hand. Immerhin möge man nun über manche derselben den Stab brechen, aber ich verlange in dieser Beziehung nicht anders behandelt zu sein als jeder Andere. Oder bin ich etwa der, der zuerst die Sünde in die Welt gebracht hat? Das Gedächtniß Mancher scheint sehr kurz zu sein, und ich will es etwas auffrischen. Ich rede nicht von Leuten, wie Gans und dem verstorbenen J. Christiansen, sondern ich will meine Mitschuldigen aus der Zahl derer greifen, die sich „den neuern Zeitrichtungen gegenüber auf dem Boden soliden Erkennens und Fortarbeitens wissen."

Der Schriftsteller, dem ich diese letzteren Worte entnehme, Rudorff, belehrt uns in seinen gromatischen Institutionen (Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann und

Rudorff B. 2 S. 303), daß das ältere Recht keine Veräußerung der Grundstücke kannte. Als Gründe figuriren 1) der Ausdruck: heredium, nebst der ihm von Varro hinzugefügten Erklärung quod heredem sequeretur und 2) der angebliche gänzliche Mangel einer Veräußerungsform. Die mancipatio soll nämlich ursprünglich nur bei beweglichen Sachen gegolten und erst unter dem Einfluß der mobilisirenden Tendenz von dem Verkehr auf die unbeweglichen übertragen, diese „Praxis" aber sodann von den XII Tafeln sanctionirt worden sein.

Nun, wenn der „Boden des soliden Erkennens" solche Früchte trägt, so können auch die meinigen auf ihm gewachsen sein! Fassen wir die äußere Beglaubigung jener in Form einer historischen Thatsache vorgetragenen Hypothese, so hängt sie mit ihrem ganzen Gewicht an einem einzigen Nagel: dem Wort heredium. Und ich denke, es ist ein recht schwacher. Denn der Gegensatz, den heredium involvirt, braucht nicht zu sein der zwischen unveräußerlichem und veräußerlichem Eigenthum, sondern er kann auch sein der zwischen Privateigenthum und Gemeindeland, heredium und ager publicus. Der letztere Gegensatz ist historisch beglaubigt, von dem ersteren wissen wir nichts. Dem lateinischen heredium entspricht das deutsche „Erbeigen". Würde ein Germanist sich noch auf dem Boden solider Forschung wissen, wenn er ohne weitere positive Anhaltspunkte bloß auf dies eine Wort hin sich eine Geschichte des deutschen Eigenthums construirte, die mit dem historisch allein erkennbaren Zustand in grellem Widerspruch stände?

An Jeden, der eine Hypothese aufstellt, darf man die Anforderung erheben, daß er sich ihres Zusammenhanges mit dem ganzen System, dem sie angehört, ihres Eingreifens in connexe Gebiete, ihrer Postulate u. s. w. bewußt sei. Ob jener Schriftsteller diese Anforderung erfüllt hat? Ich möchte es sehr bezweifeln. War die Veräußerung des Grundeigenthums unmöglich, so war

es auch die Bestellung von Servituten, da sie bekanntlich unter den Gesichtspunkt der Veräußerung fällt. Oder war letztere vielleicht möglich unter Zustimmung der nächsten Anwärter? Dann hätte auch jene es sein, und es hätte folglich auch zu diesem Zweck eine Veräußerungsform geben müssen. War aber für den einen wie den anderen Fall die Einwilligung der Agnaten wirkungslos, nun dann haben, seitdem angeblich Romulus die heredia vertheilt, Jahrhunderte lang keine andern Servituten existiren können, als die bei dieser Gelegenheit auferlegt worden waren. Oder hätten sie durch Usucapion entstehen können? Dann hätte letztere auch beim Eigenthum Platz greifen müssen. Mit dem Erbrecht kommt diese Hypothese ebenfalls etwas ins Gedränge. Wo bleibt die „Stammgutseigenschaft dieser Güter", wenn man sie durch Legat oder Erbeseinsetzung einem andern als dem nächsten Blutsverwandten zuwenden konnte? Oder gab es, bevor die XII Tafeln die Veräußerlichkeit des Grundeigenthums zum Gesetz erhoben, noch keine Testamente?!

Wenn der Verfasser in derselben Abhandlung (S. 428 daselbst) den uns bisher wohl bekannten römischen arbiter in einen deutschen „Gangrichter" verwandelt, so kann sich mein testis (B. 1 S. 136) (dessen etymologische Ableitung ich übrigens gern zurücknehme, um die von Lange vorgeschlagene von stare anzunehmen) desselben nur freuen; er braucht sich vor diesem arbiter wahrlich nicht zu schämen!

Wollte ich gar der rechtshistorischen Phantasie Huschke's folgen, welche reiche Ausbeute würde sie mir gewähren, selbst bevor sie sich zur Schöpfung eines eignen, später untergegangenen Thieres, des Bovigus, steigerte! Ich denke, es wird genügen, wenn ich seinen vom Staat angestellten Getreidemesser (Nexum S. 100) herausgreife, unter dessen Beistand in grauer Vorzeit die Getreidegeschäfte (stipulationes!) abgeschlossen wurden.

Und ist denn das älteste römische Recht, wie Puchta (Cursus

der Instit. §. 40) es schildert, mit seinem Gegensatz des „quiritischen und ramnischen Rechtsbewußtseins", seinem fehlenden Privateigenthum u. s. w. besser als eine der verwegensten meiner Hypothesen? Ich habe absichtlich diese drei Schriftsteller herausgenommen, weil gerade ihnen trotz dieser „kühnen Griffe" Niemand bestreiten wird, daß sie zu unsern ersten Rechtshistorikern gehören. Wollte ich tiefer hinabsteigen, wie manches stände mir da zu Gebote. Wie vieles wird selbst in unsern Institutionenlehrbüchern als ausgemachte Wahrheit hingestellt, was rein auf Construction beruht. Aus einem der gangbarsten will ich folgende Proben mittheilen. „Das älteste Recht spaltete sich in ein patricisches und plebejisches." Es bestand aus „Rechtsgewohnheiten, von denen manche gleich anfangs aus den verschiedenen Gegenden Italiens und von den verschiedenen Volksstämmen, also auch mit einer particularrechtlichen Färbung in den neugebildeten Staat mitgebracht worden sind. Viele aber fanden dort erst ihren Ursprung. — Die vielen ursprünglich zusammengetroffenen particularrechtlichen Elemente gingen allmählig in einem gemeinen römischen Recht unter." In der zweiten Periode beginnt derselbe Proceß von neuem. Das römische Recht „vereinfacht sich durch allmählige Verschmelzung mancher genealogisch oder sonst verschiedenartiger Elemente darin, namentlich des besondern Patricierrechts mit dem Plebejerrecht, zu einem mehr allgemeinen gleichförmigen Recht." Um dieselbe Zeit „fühlten die Römer auch, daß ihr bisheriges strenges Princip, wornach alle Peregrinen für ganz rechtlos gelten, sich nicht mehr durchsetzen lasse, seitdem sie mit Peregrinen nicht bloß in feindliche, sondern auch in freundschaftliche Berührungen des Verkehrs und Zusammenlebens gekommen, der peregrinus also nicht mehr als hostis erschien" — wornach es also bis ins vierte Jahrhundert der Stadt hinein keinen Handel gegeben haben muß. So machten denn die Römer für die Peregrinen das jus gentium, und „sehr natürlich war es, daß

ein nicht unbedeutender Theil dieses jus gentium, was dem eigentlichen römischen Recht bisher (bis wann?) noch ganz fremd gewesen war, förmlich in dasselbe als integrirender, ergänzender Theil mit aufgenommen wurde. — Daß aber nicht alles jus gentium schon damals (wann?) mit in das römische Recht aufgenommen wurde, ist gewiß, vielmehr schied sich das eigentliche Peregrinenrecht noch längere Zeit hindurch scharf davon." — Der Senat hatte in dieser Periode eine „anerkannte und entschiedene gesetzgebende Gewalt, ja er entwickelte dieselbe noch früher als das Volk und die Senatsbeschlüsse waren und hießen im weiteren Sinne leges." Das Bedürfniß der alten Jurisprudenz wird folgendermaßen motivirt. „Es wurde überhaupt jetzt (wann?) seitdem das römische Recht anfing sich in seinem Material zu erweitern, besonders durch die Vereinigung des jus gentium mit dem jus civile die Nothwendigkeit einer zweckmäßigeren Verarbeitung und Fortbildung dieses letztern durch die prudentes und ihre Interpretation um so lebhafter gefühlt, weil es sonst in Vergleichung mit dem jus gentium offenbar zurückgeblieben wäre", wogegen freilich der bei Gelegenheit des prätorischen Edicts behauptete „immer fühlbarer hervortretende Mangel passender Grundsätze des jus gentium" seltsam contrastirt.

In der Geschichte des Eigenthums erfahren wir auch hier, daß dasselbe „ursprünglich nur an beweglichen Sachen Statt fand, diese Beschränkung jedoch schon ziemlich früh hinwegfiel, ohne daß wir das Genauere davon wissen", bei den Obligationen, daß „vielleicht schon vorher (d. h. vor den Verbal- und Realcontracten) wenigstens sicher schon sehr früh", sich der Literalcontract gebildet hatte (an einer andern Stelle „verliert er sich in die ältesten Zeiten"), und daß es „weder möglich, noch sonst passend erschien, jedem der unbenannten Realcontracte und jeder daraus entspringenden Klage einen eignen Namen zu geben."

In welche Verlegenheit würde der Verfasser gerathen, wenn

er uns für diese Behauptungen, ich will nicht sagen, einen Beweis, sondern nur den allerdürftigsten Anhaltspunkt geben sollte! Und doch tritt hier die Construction nicht etwa auf im Gewande der Vermuthung, der Combination, sondern in dem der ausgemachten historischen Wahrheit.

In der That wer Angesichts solcher Proben den Stein aufheben will, um vorzugsweise mich damit zu werfen, möge zusehen, ob er damit nicht die meisten unserer heutigen Rechtshistoriker und sich selber mit trifft. Daß trotzdem so Mancher gern den Stein aufhebt, dafür ist die Erklärung schon in der Parabel vom Splitter im fremden und Balken im eignen Auge gegeben. Wenn ich nun die Steine, mit denen man mich hat treffen wollen, zurückgeworfen und unter dem Einfluß der durch den Angriff hervorgerufenen Stimmung gegen diejenigen, welche sich mir gegenüber im Alleinbesitz der correcten historisch-kritischen Methode zu sein rühmen, meiner Kritik und Polemik öfters einen Zusatz von würzender Schärfe gegeben habe, so denke ich, wird mir jeder Billige diesen Akt literarischer Nothwehr zu gute halten — eine Bemerkung, die sich namentlich mit auf Ad. Schmidt (von Ilmenau) bezieht, der durch seine von mir in keiner Weise provocirten Ausfälle gegen mich die Repressalien, die ich in §. 47 gegen ihn ergriffen, mehr als verdient hat.

Gießen, 1. August 1858.

Inhalt des zweiten Theils.

Zweite Abtheilung.

III. Die juristische Technik des ältern Rechts.

A. Das Wesen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegensatz der natürlichen und juristischen Auffassung.

§. 37. Thatsächlichkeit und Nothwendigkeit dieses Gegensatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffassung — der gesunde Menschenverstand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. S. 293—306.

II. Theorie der juristischen Technik.

I. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Lösung im Allgemeinen.

§. 38. Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Lösung, namentlich die Technik — die beiden technischen Interessen — die Praktikabilität des Rechts. S. 306—317.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juristischen Technik.

1. Die juristische Analyse (das Rechtsalphabet).

§. 39. Der einfache Rechtskörper — localisirende und abstracte Rechtsproduction — historische Erscheinung des Abstracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchstaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache. S. 317—335.

2. Die logische Concentration.

§. 40. Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme. S. 335—340.

3. Die juristische Construction.

§. 41. Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode. S. 340—372.

B. Die Technik des ältern Rechts.

Die Jurisprudenz.

§. 42. Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engern Sinn — der pontificische Styl — das Ende der pontificischen Herrschaft. S. 373—404.

Haften des Rechts an der Aeußerlichkeit.
(Sinnliches Element des ältern Rechts.)

I. Der Materialismus.

§. 43. Das sinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialistische Zuschnitt der Begriffe und Institute. — Das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, Besitz und die Usucapion — wirthschaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des ältern Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts. S. 405—427.

II. Das Haften am Wort.

§. 44. Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tendentiöses Element derselben. S. 427—455.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

§. 45. Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider. S. 455—488.

§. 45a. Die historischen Gründe des Formalismus. Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formsinn — Symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form. S. 488—502.

2. Der Formalismus des ältern Rechts.

§. 46. Extensive Erstreckung der Form — Uebersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der ältern Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio. S. 503—542.

3. Analyse des römischen Formenwesens.

§. 47. Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Uebersicht der symbolischen Zeichen und Handlungen des römischen Rechtslebens — die Hand insbesondere. S. 542—558.

§. 47a. Das Wort — die Formel und das Formular. — Die solennen Ausdrücke und Formeln. — Unabänderlichkeit derselben. — Nothwendigkeit des Sprechens. S. 558—580.

§. 47b. Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts. S. 581—612.

§. 47c. Allgemeine Charakteristik der Legisactionen. — Das Gesetz der Correspondenz der Form — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktische Würdigung und historische Bedeutung der Legisactionen. S. 612—643.

§. 47d. Raum und Zeit als Elemente der Rechtsformen. S. 643—655.

III. Die juristische Technik des ältern Rechts.

A. Das Wesen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegensatz der natürlichen und juristischen Auffassung.

Thatsächlichkeit und Nothwendigkeit dieses Gegensatzes – Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffassung — der gesunde Menschenverstand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts.

Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit. Seneca ep. 120.

XXXVII. In dem vorhergehenden Abschnitt von den Grundtrieben haben wir die höchsten Ziele des älteren Rechts, die Ideale des römischen Rechtsgefühls, zu bestimmen versucht; der gegenwärtige soll uns mit der eigenthümlichen Kunst bekannt machen, die dasselbe zum Zweck der Verwirklichung jener Gedanken in Anwendung gebracht hat. So eng demnach auch der gegenwärtige Abschnitt mit dem vorherigen zusammenhängt, so bezeichnet er dennoch den Uebergang zu einer völlig neuen Seite des Rechts.

Diejenige, mit der wir uns bisher beschäftigten, ließe sich die ethische Seite des Rechts, diejenige, der wir uns jetzt zuwenden, die specifisch juristische nennen. Dort handelte es sich um Ideen und Anforderungen, die objectiv in der sittlichen Bestimmung des Rechts und subjectiv in dem natürlichen Rechtsgefühl ihren letzten Grund haben, daher dem Laien nicht minder zugänglich und geläufig sind als dem Juristen. Ganz anders von jetzt an. Unsere Darstellung versetzt uns, so zu sagen, auf eine ganz andere Hemisphäre, auf der dem Laien Alles neu und fremdartig,

ja Vieles höchst verwunderlich erscheinen muß, in eine Welt, für die er kein Verständniß, wohl aber umgekehrt gegen sie manche Vorurtheile mitbringt. Wenn ich den Laien dennoch auffordere, mir auf dies Gebiet der eigentlichen Jurisprudenz zu folgen, so verhehle ich mir keineswegs das Gewagte und die großen Schwierigkeiten der Aufgabe, die ich damit übernehme. Aber ich halte dieselben weder für unüberwindlich, noch fürchte ich, durch eine Berücksichtigung der Bedürfnisse des Laien das Interesse des juristischen Lesers in bedenklicher Weise auf die Probe zu stellen.

Der Punkt, an dem jeder Laie sich seines Laienthums bewußt werden muß, und auf dessen Erläuterung ich mithin mein Hauptaugenmerk richten werde, ist die *juristische Methode*. Dem Juristen sollte billigerweise nichts bekannter sein als sie, denn gerade sie ist es, die ihn zum Juristen macht. Und doch ist es nicht zu viel behauptet, daß ein eigentliches *Bewußtsein* über sie den meisten Juristen völlig fehlt, und daß unsere Wissenschaft alle anderen Gesetze besser kennt, als die *Gesetze ihrer selbst*. Aus und in der Anwendung ist die juristische Methode uns sehr wohl bekannt, aber sie ist uns eben mehr eine Sache des Gefühls und der Uebung als des Bewußtseins. Sollten wir angeben, worin das Wesen derselben liege, wie die Weise, in der der Jurist die Rechtsverhältnisse beurtheilt, sich von der des Laien unterscheide, was die Aufgaben, Mittel und Grundgesetze der juristischen Methode seien — die Antwort würde unendlich dürftig ausfallen und schwerlich über die recipirte Phrase eines „Rechnens mit Begriffen" hinausreichen. So war es in Rom, so ist es noch heutzutage — ein neuer Beleg für die alte Wahrheit, daß die richtige Ausübung und selbst die höchste Blüthe einer Kunst nicht bedingt ist durch eine wissenschaftliche Erkenntniß ihrer Gesetze und ihres Wesens.

Wenn ich nun, bevor ich auf die *römische* Technik eingehe, jenem Mangel, so weit dies bei einem ersten Versuch möglich ist, abzuhelfen, also *das Wesen und die Grundgesetze der juristischen Technik* im Allgemeinen zu bestimmen versuchen

werde, so bitte ich nicht außer Acht zu lassen, daß diese Ausführung nur den Zweck hat, das Verständniß der Technik des *älteren* römischen Rechts vorzubereiten, daß man also darin nichts suchen möge, was ich an *dieser* Stelle, ohne meinen Zweck aus dem Auge zu verlieren, nicht geben kann. An der gegenwärtigen Stelle würden Ausführungen über den Beruf der Jurisprudenz, die durch die Entwicklungsstufe des *älteren* römischen Rechts nicht geboten sind, verfrüht und ungehörig sein. Die *spätere* Entwicklung der römischen Jurisprudenz wird mir hinlängliche Gelegenheit geben, das Fehlende nachzuholen und dem Leser eine Anschauung von der vielseitigen Wirksamkeit einer ausgebildeten Jurisprudenz zu gewähren. Hier handelt es sich zunächst nur um den Elementarunterricht in der juristischen Kunst; denn die Kunst selbst beginnt historisch überall mit den Elementen.

Die Theorie der Technik, die ich im Folgenden aufstellen werde, ist zwar einer Betrachtung des *römischen* Rechts entnommen, allein sie macht nichts desto weniger auf allgemeine Wahrheit Anspruch. Wie den Erscheinungen, an denen uns der vorige Abschnitt vorüberführte, bei aller national-römischen Form, welche die Sache hier angenommen hatte, dennoch Motive von allgemeiner Wahrheit zu Grunde lagen, d. h. Aufgaben, an deren Lösung *jedes* Recht sich zu versuchen hat, so auch hier. Denn nicht bloß ist die Aufgabe selbst, um die es sich hier handelt, eine absolut nothwendige, ein mit den letzten Zwecken des Rechts selbst gesetztes Problem, sondern es muß auch die Art ihrer Lösung in Rom trotz aller römischen Form im Wesentlichen als die absolut richtige, als die einzig denkbare bezeichnet werden. Mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der mathematischen Methode für alle Zeiten unwandelbar dieselben bleiben werden, läßt sich ein Gleiches für die der juristischen Methode behaupten. Der Weg, den das ältere römische Recht hier eingeschlagen, ist der einer jeden Jurisprudenz; er ist so wenig ein römischer, wie der, den Euklid und Archimedes in der Mathematik verfolgt haben, ein griechischer.

Hätten nicht die Römer ihn entdeckt oder richtiger uns ihn geebnet, so würde ein anderes Volk es gethan haben, denn jedes Recht wird mit Nothwendigkeit in ihn hineingetrieben. Die Ansätze zur juristischen Methode finden sich überall, und der Ruhm der Römer besteht nur darin, daß sie es nicht bei bloßen Ansätzen haben bewenden lassen. *Die juristische Methode ist nicht etwas von außen ins Recht Hineingetragenes, sondern die mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht selbst gesetzte einzige Art und Weise einer sicheren praktischen Beherrschung des Rechts.* Das Historische dabei ist nicht sie selbst, sondern das Geschick und Talent, mit dem sie von diesem oder jenem Volk gehandhabt wird.

Es ist eine bekannte sich überall wiederholende Erscheinung, daß das Recht, wenn es eine gewisse Bildungsstufe erreicht, sich der Kenntniß der Masse mehr und mehr entzieht und Gegenstand eines besonderen Studiums wird. Nicht gerade eines gelehrten oder Schulunterrichts, sondern das Wesentliche ist, daß die nöthige Vertrautheit mit dem Recht, die früher einem Jeden mühelos zufiel, jetzt eine besondere Aufmerksamkeit, Absicht, Anstrengung voraussetzt, und da nicht ein Jeder diese Arbeit daran setzen kann, daß sich rücksichtlich der Rechtskenntniß mehr und mehr ein Gegensatz ausbildet, den wir in seiner schließlichen Gestalt als Gegensatz des Juristen und Laien bezeichnen. Das historische Auftreten des Juristen bekundet die Thatsache, daß das Recht die Periode der Kindheit und der naiven Existenz zurückgelegt hat; der Jurist ist der unvermeidliche Herold dieses Wendepunktes im Leben des Rechts. Aber nicht der Jurist ruft den Wendepunkt, sondern der Wendepunkt den Juristen hervor; — der Laie tritt nicht zurück, weil der Jurist ihn verdrängt, sondern der Jurist tritt auf, weil der Laie ihn nicht mehr entbehren kann. Man hat diesen Entwicklungsprozeß und die damit verbundene Entfremdung des

Rechts vom Laienbewußtsein als eine beklagenswerthe Thatsache angesehen, und die Geschichte der Wissenschaft wie der Gesetzgebung berichtet von manchen Versuchen, die Kluft zwischen Juristen und Laien auszufüllen oder letzterem wenigstens eine bequeme Brücke in die Jurisprudenz zu schlagen. Ein eitles Bemühen, eine ohnmächtige Auflehnung gegen die Geschichte! Denn jene Thatsache, die man ungeschehen machen möchte, ist nichts anderes als die Verwirklichung eines allgemeinen Culturgesetzes auf dem Gebiete des Rechts: des Gesetzes der Theilung der Arbeit, und so machtlos und widersinnig ein Widerstand gegen dies Gesetz anderwärts sein würde, ebenso wird er es jeder Zeit auch hier sein.

Der Grund, der dem Laien bei einem ausgebildeten Recht die Kenntniß und Anwendung desselben unmöglich macht, liegt weniger in dem, worin der Laie geneigt sein wird ihn zu finden, in der *Massenhaftigkeit* als vielmehr in der *Art* des Stoffs, in der eigenthümlichen Schwierigkeit seiner Auffassung und Handhabung. Das Recht, das dem Laien nur als eine Masse von Gesetzen erscheint, ist in der That etwas ganz Anderes, ein unendlich Höheres (S. B. 1. S. 36—43). *Gesetze* kann der Laie so gut auswendig lernen als der Jurist, und wenn sie gerade Verhältnisse betreffen, die ihm geläufig sind, mag er sie auch zur Noth anwenden können. Aber um das *Recht* zu verstehen und anzuwenden, dazu reicht der einfache Verstand und der natürliche Sinn nicht aus, dazu bedarf es vielmehr zweierlei, nämlich erstens eines nur durch vieljährige Anstrengung und Uebung zu gewinnenden eigenthümlichen *Auffassungsvermögens*, einer besonderen Fertigkeit des abstracten Denkens, und zweitens einer besonderen Geschicklichkeit im Operiren mit Rechtsbegriffen — namentlich der juristischen *Diagnose*. Beides zusammen begreifen wir unter dem Ausdruck der *juristischen Bildung*. Sie ist es, die den Juristen vom Laien unterscheidet, nicht die *Masse* der Kenntnisse, *sie* ist es, die den Werth des Juristen bestimmt, nicht das Maß der Gelehrsamkeit. Darum kann

Jemand bei mäßigem Wissen ein ausgezeichneter, und bei großem Wissen ein schlechter Jurist sein. Keine im Uebrigen noch so werthvolle Beschäftigung mit dem Recht, wie die rechtsphilosophische und rechtshistorische, kann für sie Ersatz gewähren, ja so hoch ich ein Wissen der letzteren Art stelle, als *juristisches* läßt es sich nicht bezeichnen.[472a])

Die juristische Bildung wird zwar *erworben* an einem einzelnen positiven Recht, allein sie ist darum nicht an letzteres gebunden, steht und fällt nicht mit ihm. Wäre dies der Fall, so müßte der Jurist zittern bei dem Gedanken, daß das bisherige Recht und damit seine eigene Brauchbarkeit als Jurist aufgehoben würde. Allein in dem bestimmten einzelnen Recht lernt er zugleich *das* Recht kennen, so wie Jemand, der *eine* Sprache wissenschaftlich studirt, zugleich das Wesen, die Gesetze u. s. w. *der* Sprache. Neben seinem rein positiven Wissen, der Kenntniß *dieses* Rechts, besitzt er also noch ein höheres, allgemeineres Gut, das nicht an die Scholle gebunden ist, das keine Rechts- und Orts-Veränderung ihm entziehen kann, und gerade dieser Besitz ist die eigentliche Blüthe, die edelste Frucht eines dem Recht gewidmeten Lebens. Die juristische Bildung ragt über das Landesrecht

---

472a) *Hegel* Rechtsphil. §. 215 meint: „Der Juristenstand, der die besondere Kenntniß der Gesetze hat, hält dies oft für sein Monopol, und wer nicht vom Metier ist, soll nicht mitsprechen. Aber so wenig Jemand Schuhmacher zu sein braucht, um zu wissen, ob ihm die Schuhe passen, ebenso wenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenstände, die von allgemeinem Interesse sind, Kenntniß zu haben." Ein Urtheil darüber, ob die Schuhe passen, wird Niemand dem, der sie tragen soll, absprechen, aber ein ganz anderes Ding ist es, ob der Schuster sich von ihm sagen lassen soll, wie er sie zu machen hat. Von Hegel, Stahl, Trendelenburg habe ich in einer gewissen Richtung mehr gelernt, als aus einer großen Menge rein juristischer Schriften, aber die Technik des Rechts muß der Philosoph vom Fach, wenn er nicht in wichtigen Dingen völlig daneben greifen will, von dem Juristen vom Fach lernen, oder richtiger gesagt sich in Bezug auf sein Urtheil dem des Juristen unterordnen, denn ein wirkliches Urtheil ist hier nur auf dem Wege der Anwendung und Erfahrung zu gewinnen.

weit hinaus, in ihr begegnen sich wie auf einem gegen die Nationalität neutralen Boden die Juristen aller Zonen und Zungen. Die Gegenstände ihrer Kenntnisse, die Einrichtungen und Rechte der einzelnen Länder sind verschieden, aber die Art, sie zu betrachten und aufzufassen, ist dieselbe — die wahren Juristen aller Orten und Zeiten reden dieselbe Sprache. Die Juristen verstehen sich unter einander, aber der Jurist und Laie, auch wenn sie über ihr einheimisches Recht mit einander reden, vermögen sich unter Umständen kaum zu verständigen. Die Kluft zwischen dem gebildetsten Laien und einem Juristen der Gegenwart ist ungleich größer, als sie es zwischen einem Juristen des alten Rom und einem englischen, der nie etwas vom römischen Recht gehört hat, sein würde. Die englische Jurisprudenz athmet bei all' ihrer Unbekanntschaft mit der römischen fast denselben Geist, wie die altrömische. Dieselbe Handhabung der Form, dieselbe Pedanterie, dieselben Umwege und Scheingeschäfte; selbst die Fictionen fehlen nicht. Für diese freilich etwas schwerfällige und baroke Art der juristischen Technik [den juristischen Rococostyl] fehlt dem Laien das Verständniß in dem Maße, daß sie ihm kaum etwas anderes als ein Lächeln abnöthigen wird. Aber auch ganz abgesehen von diesen, einer niederen Entwicklungsstufe angehörigen Formen der juristischen Technik wird letztere selbst in ihrer vollendetsten Gestalt, in der Reinheit des classischen Styls, dem Laien vielfach ein Räthsel und ein Stein des Anstoßes sein. Daß der Jurist da, wo der Laie nur einen Akt bemerkt, deren zwei annimmt,[473]) oder da, wo Jener überall keinen Akt wahrnimmt,

473) z. B. wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers an eine dritte Person zahlt, einmal eine Zahlung des Schuldners an den Gläubiger und sodann ein Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und der dritten Person (sei es gleichfalls eine solutio, oder eine Schenkung, oder ein Darlehn, oder ein anderes Geschäft); L. 44 de solut. (46. 3). Auf solche Fälle bezieht sich die Bemerkung des Juristen in L. 3 §. 12 de don. i. v. et u. (24. 1): celeritate conjungendarum inter se actionum unam occultari.

einen oder gar mehre ſtatuirt[474]) und umgekehrt da, wo ein äußerer Akt in der That vorliegt, denſelben nicht ſieht, oder ihn in ganz anderer Weiſe auffaßt, als er äußerlich erſcheint;[475]) daß er Geſchäfte, die äußerlich durchaus gleichſehen, ganz verſchieden behandelt:[476]) — alles dieſes wird dem Laien unnatürlich erſcheinen. Und dennoch handelt es ſich in allen dieſen Fällen nicht etwa um eine eigenthümliche Auffaſſungsweiſe der römiſchen Juriſten, ſondern um Geſichtspunkte und Entſcheidungen von einer ſolchen juriſtiſch-logiſchen Nothwendigkeit, daß jede Jurisprudenz zu ihnen hätte gelangen müſſen.

Die juriſtiſche Auffaſſung alſo und die des Laien ſtehen in einem entſchiedenen Gegenſatz. Aus dieſer Differenz, die eine überall wiederkehrende hiſtoriſche Thatſache iſt, hat man der Jurisprudenz einen Vorwurf gemacht, man hat ihre Entfernung von der „natürlichen" Betrachtungsweiſe als etwas Unnatürliches betrachtet, ſie der Künſtlichkeit, Spitzfindigkeit u. ſ. w. beſchuldigt, und auch hier die „Umkehr" als Ziel hingeſtellt. Im Munde des großen Haufens ſind ſolche Anſichten ganz verzeihlich, und vernähme man ſie bloß hier, ſo würde ich gar nicht darauf antworten. Allein da ſie auch bei gebildeten Laien nichts weniger als ſelten ſind,[476a]) und da es ſogar an Juriſten nicht

---

474) z. B. wenn der Pächter die Sache vom Verpächter kauft, eine Tradition von jenem an dieſen und von dieſem zurück an jenen (traditio brevi manu; der entgegengeſetzte Hergang beim constitutum possessorium).

475) z. B. die Ratihabition eines früheren ungültigen Geſchäfts als Abſchluß eines neuen; L. 1 §. 2 pro donato (41. 6) quasi nunc donasse videtur.

476) z. B. die Aneignung einer vom Eigenthümer preisgegebenen Sache bald als Occupation einer derelinquirten, bald als Erwerb einer tradirten Sache, oder die gewaltſame Aneignung einer Sache bald als erzwungene Tradition, bald als Raub.

476a) In Rom wie bei uns; für Rom verweiſe ich auf Cicero, deſſen abfällige Urtheile über die Jurisprudenz im Verlauf der Darſtellung mitgetheilt werden, und auf Quintilian, der ihm einfach nachſpricht (I. O. XII 3, 7; 11), für die heutige Zeit auf Note 472a.

gefehlt hat und schwerlich je fehlen wird, welche, sei es aus ideologischer Verblendung, sei es aus Gefallen an wohlfeiler Popularität, oder aus Unmuth über die geistige Arbeit, welche die Jurisprudenz ihren Jüngern zumuthet, sich in dieser Hinsicht zum großen Haufen geschlagen haben,[477]) so möge man es nicht für überflüssig halten, wenn ich einem Abschnitte, der wie kein anderer von den Leistungen und Verdiensten der Jurisprudenz Zeugniß abzulegen gedenkt, eine kurze Apologetik der Jurisprudenz vorausschicke, um bei denjenigen meiner Leser, bei denen dies noch nöthig sein sollte, dasjenige Gefühl hervorzurufen, ohne welches man wie an keine Wissenschaft, so auch nicht an die Jurisprudenz, herantreten sollte — — dasjenige der Achtung und Ehrfurcht vor der in ihr fixirten geistigen Kraft, und damit zugleich das der Bescheidenheit und des Mißtrauens in das eigene Urtheil.

In der Anklageschrift gegen die Jurisprudenz pflegen zwei Stichwörter: natürliche Anschauung und gesunder Menschenverstand eine große Rolle zu spielen, und man glaubt die Jurisprudenz nicht empfindlicher treffen zu können, als wenn man ihr unnatürliche Auffassung und Widerspruch mit dem gesunden Menschenverstand Schuld gibt. Es stände aber in der That schlimm um die Jurisprudenz und das Recht selbst, wenn es anders wäre! Es würde soviel heißen, als daß eine durch Jahrtausende fortgesetzte Beschäftigung mit dem Recht vor der angeborenen Unkenntniß und Unerfahrenheit keinen Vorsprung gewonnen hätte. Die natürliche Auffassung! Was ist sie denn anders als der erste Versuch des Sehens und folglich die völlige Abhängigkeit eines blöden, ungeübten Auges vom äußeren Schein? Jede Erkenntniß beginnt mit ihr, aber nur, um bald inne zu werden, daß der äußere Schein trügt, und der Fortschritt in der Erkenntniß besteht gerade in einem unausgesetzten Sichlos-

477) Hat doch sogar vor einigen Jahren ein Jurist sich nicht gescheut, aus der Werthlosigkeit seines Urtheils über die Jurisprudenz eine „Werthlosigkeit der Jurisprudenz" zu machen! — ein Einfall, den man durch eine ernstliche Widerlegung viel zu sehr geehrt hat.

reißen von dem Glauben an die Wahrheit der ſinnlichen Erſcheinung.[477a]) Gilt nun für alle übrigen Gebiete des menſchlichen Wiſſens der Satz, daß anhaltende Beſchäftigung mit einem Gegenſtande und fortgeſetzte Beobachtung und Erforſchung deſſelben zu anderen Reſultaten führen, als eine oberflächliche Betrachtung deſſelben — zu Reſultaten, die der letzteren nicht bloß völlig unverſtändlich ſind, ſondern ihr geradezu als widerſinnig erſcheinen müſſen — dann meine ich, wird dieſer Satz auch für das Recht gelten dürfen. In den meiſten anderen Wiſſenſchaften würde kein gebildeter Laie im Fall einer ſolchen Differenz es wagen, ſich die Wahrheit und der Wiſſenſchaft den Irrthum zuzutheilen; in Dingen des Rechts kommt dies täglich vor! Erfahrung und Wiſſen werden als Verkehrtheit und Befangenheit geſtempelt, die völlige Unbekanntſchaft mit der Sache als Vorurtheilsloſigkeit! Wer denn einmal auf die Wahrheit der „natürlichen" Anſicht in Dingen des Rechts pocht, möge daſſelbe auch bei den Erſcheinungen der Natur thun, möge behaupten, daß die Erde ſtill ſteht, und die Sonne auf- und untergeht, daß es eine Thorheit ſei zu glauben, daß nicht das Licht, ſondern der Sauerſtoff der Luft brenne. Die Sonne und die Erde und das Licht liegen der natürlichen Anſchauung näher als das Recht, aber während hinſichtlich jener nur ein völlig Ungebildeter ſeinen Augen mehr traut als dem Urtheil der Wiſſenſchaft, macht ſich beim Recht auch der Gebildete täglich derſelben Selbſtüberſchätzung ſchuldig.

Man wende mir nicht ein, daß doch das Recht im Rechtsgefühl ſeinen Urſprung und Sitz habe. Gewiß! das Rechtsgefühl iſt das Samenkorn, dem das Recht entſproſſen iſt, aber das Samenkorn enthält nur den Keim des Baumes, nicht den Baum ſelbſt — semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit, wie Seneca in dem obigen Motto ſagt — es wächſt und gedeiht nur dadurch, daß es die Samenkapſel ſprengt, ſich aus

477a) S. meine Schrift über das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Gießen 1867 S. 8 flg.

der Sphäre des bloßen Rechtsgefühls in die des Wissens erhebt. So wie der Baum nicht wieder zum Samenkorn werden kann, so vermag auch keine Macht der Erde ein einmal entwickeltes Recht auf die primitive Form des Rechtsgefühls zurückzuführen, und es damit dem Laien zurückzugeben.

Die Autorität des „gesunden Menschenverstandes" erkenne ich für die Jurisprudenz als eine ganz entscheidende an, ja ich möchte letztere geradezu definiren als: Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. Aber sie ist eben ein Niederschlag d. h. eine Ablagerung des gesunden Menschenverstandes unzähliger Individuen, ein Schatz von Erfahrungssätzen, von denen jeder tausendfältig die Kritik des denkenden Geistes und des praktischen Lebens hat bestehen müssen. Wer sich dieses Schatzes zu bemächtigen weiß, der operirt nicht mehr mit seinem eigenen schwachen Verstande, der stützt sich nicht bloß auf seine eigene unbedeutende Erfahrung, sondern der arbeitet mit der Denkkraft vergangener Geschlechter und der Erfahrung verflossener Jahrhunderte. Durch diese künstliche Ergänzung der eigenen Kräfte und Mittel ist es möglich, daß auch der Schwache im Dienste des Rechts eine nützliche Verwendung finde, denn was das Genie auf diesem Gebiete entdeckt und geschaffen, und was der gewöhnliche Verstand, wenn er auf sich selbst angewiesen wäre, nie finden würde, kann auch der Mittelmäßige mit Hülfe des Fleißes wenigstens in so weit zu seinem Eigenthume machen, um es richtig anzuwenden. Ich kenne kein Gebiet des menschlichen Wissens und Könnens, auf dem nicht der Schwächste, der mit der Intelligenz und der Erfahrung von Jahrhunderten operirt, dem Genie, das dieser Beihülfe entbehrt, überlegen wäre. Welch ein leichtes Ding ist es, das Feld zu bestellen und ein Handwerk zu betreiben, gegenüber der Aufgabe, die schwierigsten Rechtsfragen zu lösen! Wenn aber einer zum Betriebe jener beiden Geschäfte nichts weiter mitbrächte als den gesunden Menschenverstand, er würde es mit dem schlechtesten Sachverständigen nicht aufnehmen können, und wollte er gar die Erfahrungssätze mit seinem subjec-

tiven, „gesunder Menschenverstand“ titulirten Meinen umstoßen und den Kundigen meistern und belehren, es würde ihn der dümmste Bauer und Handwerker mit vollem Recht verlachen. Und uns Juristen sollte nicht dasselbe Recht zustehen, wenn ein Laie sich uns gegenüber dasselbe erdreistet? Wer einem Schuster und Schneider die Fähigkeit zutraut über Fragen des Rechts zu entscheiden, wer den Muth hat, sich von ihnen seine Urtheile machen zu lassen, der möge sich auch umgekehrt seine Kleider und Stiefel bei einem Philosophen bestellen. Juristen, die den Wahn von der Möglichkeit eines populären, jedem Bürger und Bauer zugänglichen, die Juristen entbehrlich machenden Rechts zu theilen und gar zu fördern im Stande sind, verdienten, diese Bestellung auszuführen, um an Stiefeln und Kleidern inne zu werden, was sie an der Jurisprudenz selbst nicht gelernt haben: nämlich, daß die einfachste Kunst ihre Technik hat, eine Technik, die zwar nichts ist als der angesammelte und objectivirte Niederschlag des gesunden Menschenverstandes, der aber doch gleichwohl nur von demjenigen angewandt und beurtheilt werden kann, welcher sich die Mühe nimmt, sie zu erlernen.

In diesem einfachen Satz ist die Gegensätzlichkeit der Jurisprudenz und des Laienthums und damit die Rechtfertigung der Jurisprudenz enthalten. Eine ungleich interessantere und fruchtbarere, aber auch um eben so viel schwierigere Weise der Vertheidigung der Jurisprudenz würde darin bestehen, daß man jene von uns behauptete Uebereinstimmung derselben mit dem gesunden Menschenverstande im Einzelnen nachwiese. Von einer solchen Selbstkritik und Apologetik der Jurisprudenz ist bisher freilich wenig wahr zu nehmen. Zufrieden mit dem festen Besitz dessen, was sich durch die Erfahrung als brauchbar bewährt hat, und sich beruhigend bei der realen Kritik, die ihre Lehrsätze täglich im Leben zu bestehen haben, hat die Jurisprudenz sich dieser Aufgabe gern entschlagen, und man kann sie allerdings in dieser Beziehung von dem Vorwurf einer gewissen Indolenz und eines sich beim

Positiven beruhigenden Quietismus nicht frei sprechen. Nur so ward es möglich, daß einzelne ihrer Jünger an ihr selber irre wurden und den Stein auf sie warfen. Die folgenden Paragraphen werden mir die erwünschte Gelegenheit verschaffen, jenen Weg der Rechtfertigung einzuschlagen und meine obige Definition der Jurisprudenz an einem der wichtigsten Punkte zu erhärten.

So sehr ich aber von der Möglichkeit einer solchen Apologetik der Jurisprudenz überzeugt bin, so darf man doch zweierlei dabei nicht außer Acht lassen. *Erstens*: ich habe diese Möglichkeit nur für die *Jurisprudenz* in Anspruch genommen, also für das, was *sie* eingeführt und aufgebracht, nicht aber für das, was eine äußere Autorität ihr an positivem Stoff aufgedrungen hat, und wofür *sie* die Verantwortlichkeit von sich ablehnen darf, noch weniger aber für individuelle Ansichten einzelner Juristen, deren Uebereinstimmung mit der gesunden Vernunft freilich mitunter mehr als zweifelhaft, vielleicht auch von ihren Urhebern gar nicht einmal beansprucht ist! Die gesunde Kritik des praktischen Lebens richtet die ungesunden Ansichten einfach dadurch, daß sie dieselben ignorirt.

Zweitens: die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit des *Einzelnen* liegt, wie überall, so auch hier nicht bloß in ihm selbst, sondern in dem Zusammenhange desselben mit dem Ganzen, kann mithin auch nur aus letzterem begriffen und nachgewiesen werden. Gerade dadurch entsteht so leicht und so häufig der Schein der Unvernünftigkeit oder Zweckwidrigkeit des Einzelnen, daß der Urtheilende jenen Zusammenhang nicht kennt und daher in aller Unbefangenheit von der Annahme ausgeht, als verstatteten die einzelnen Punkte eine isolirte Beurtheilung. Wäre diese Annahme eine richtige, so würde die Entscheidung, welche die Jurisprudenz getroffen, nicht so häufig von der, welche der Laie für die sachgemäße hält, divergiren. Aber eben weil sie es nicht ist, weil beide auf ganz verschiedenen Standpunkten stehen, *kann* nicht bloß, sondern *muß* so häufig eine solche Divergenz

eintreten. Darum iſt es oft kaum möglich, einem Laien die Vernünftigkeit eines einzelnen Satzes begreiflich zu machen, denn ihm fehlt gerade das, woran man anknüpfen müßte, die Kenntniß der Mittelglieder zwiſchen dem angefochtenen Satz und ſeinem letzten Grunde, kurz die Kenntniß des Zuſammenhanges.

II. Theorie der juriſtiſchen Technik.

1. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Löſung im Allgemeinen.

Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Löſung, namentlich die Technik — die beiden techniſchen Intereſſen — die Praktikabilität des Rechts.

XXXVIII. Das Recht iſt dazu da, daß es ſich verwirkliche. Die Verwirklichung iſt das Leben und die Wahrheit des Rechts, iſt das Recht ſelbſt. Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Geſetzen, auf dem Papiere ſteht, iſt ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt was ſich verwirklicht als Recht, iſt Recht, auch wenn es in den Geſetzen nicht zu finden, und Volk und Wiſſenſchaft ſich deſſen noch nicht bewußt geworden iſt (Bd. 1. S. 29 flg.).

Nicht alſo der abſtracte Inhalt der Geſetze entſcheidet über den Werth eines Rechts, nicht die Gerechtigkeit auf dem Papiere und die Sittlichkeit in den Worten, ſondern die Objectivirung des Rechts im Leben, die Thatkraft, mit der das, was als nothwendig erkannt und ausgeſprochen iſt, ausgeführt und durchgeſetzt wird.

Es kommt nun aber nicht bloß darauf an, daß das Recht ſich verwirkliche, ſondern auch darauf, wie es geſchieht. Was nützt die Sicherheit und Unausbleiblichkeit der Verwirklichung,

wenn letztere ſo ſchwerfällig und langſam iſt, daß der Mann erſt zu ſeinem Recht gelangt, wenn er längſt geſtorben iſt?

Können wir dies „Wie“ ſchlechthin beſtimmen? Ich glaube, allerdings. Bei der ganzen Frage von der Verwirklichung des Rechts handelt es ſich nicht um etwas Materielles, ſondern um etwas rein Formelles. Wie verſchieden auch der materielle Inhalt der einzelnen Rechte ſein möge, die Verwirklichung derſelben kann und ſoll überall eine gleiche ſein, es gibt in dieſer Beziehung ein abſolutes Ideal, dem *jedes* Recht nachzuſtreben hat. Worin beſteht daſſelbe? Meinem Dafürhalten nach können wir es auf eine doppelte Anforderung zurückführen. Die Verwirklichung ſoll ſein einerſeits eine *unausbleibliche*, mithin ſichere, gleichmäßige, andererſeits eine *leichte und raſche*.

Fragen wir, wie dieſe Anforderungen ſich in der Geſchichte realiſiren, ſo finden wir zwiſchen den poſitiven Rechten eine große Verſchiedenheit. Hier ein einfaches, rohes Recht, aber ſich auszeichnend durch die der Jugend eigene Thatkraft und Raſchheit des Handelns, eine ſchnelle und ſtrenge Form des Verfahrens, dort ein ausgebildetes Recht, das alle Vorzüge des Alters beſitzt, aber daneben auch die Mängel deſſelben, die ſchwache und unſichere Hand, die Langſamkeit und Schwerfälligkeit des Verfahrens. Man könnte geneigt ſein, dieſen Gegenſatz an die Altersſtufen der Rechte anzuknüpfen, in jener Leichtigkeit und Schnelligkeit nur eine natürliche Folge der Einfachheit, in dieſer Schwerfälligkeit eine natürliche Folge der Weitſchichtigkeit und Complicirtheit der Rechtsverhältniſſe zu erblicken. Allein dies wäre verkehrt. Allerdings will ich den Einfluß des äußeren und inneren Wachsthums der Rechte auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Operation der Rechtsanwendung nicht in Abrede ſtellen; je ſchwerer die Laſt wird, deſto ſchwerer iſt ſie zu heben und zu bewältigen; das gilt von körperlichen wie von geiſtigen Dingen. Allein andererſeits iſt es doch möglich, den nachtheiligen Einfluß dieſes *natürlichen* Moments des Wachsthums durch die *Kunſt* zu verringern und auszuſchließen, und das eben iſt die Aufgabe

derjenigen Kunſt, die wir hier zu betrachten haben: der juriſtiſchen.

Wir wollen uns zunächſt der Gründe bewußt werden, die über die Verwirklichungsfrage (nicht bloß über die Raſchheit und Leichtigkeit der Anwendung, ſondern über die Löſung der Aufgabe ſchlechthin) entſcheiden. Nach welchen Gründen, Einflüſſen, Vorausſetzungen u. ſ. w. beſtimmt ſie ſich? Dieſe Gründe liegen theils in, theils außer dem Recht. Zur letzteren Claſſe gehört die intellektuelle und ſittliche Culturſtufe des Volks, die Entwicklung der Staatsidee und der Staatsgewalt, die ſociale Gliederung des Volks, das Machtverhältniß der einzelnen Claſſen, vor allem aber die moraliſche Kraft, die der Gedanke des Rechts bei dieſem Volk genießt, ob die Gerechtigkeit dem Volk als etwas Hohes und Heiliges erſcheint, oder als ein Gut, wie jedes andere. Von der Energie des Gerechtigkeitsgefühls im Volk hängt im weſentlichen die Unpartheilichkeit, Integrität u. ſ. w. des Richterſtandes ab. Bei einem Volk, dem die Gerechtigkeit als etwas Heiliges gilt, wird auch der Richterſtand unbeſtechlich und pflichttreu ſein — wie das Volk, ſo die Richter. Zu der erſten Claſſe von Gründen, die in dem Recht ſelbſt liegen, gehören theils die Organiſation der Behörden (die Gerichtsverfaſſung) ſowie die Form des Verfahrens (der Prozeß), theils die Beſchaffenheit des materiellen Rechts, und dieſer letzte Punkt bezeichnet uns das Gebiet, auf dem die juriſtiſche Technik vorzugsweiſe thätig wird.

Daß der materielle Inhalt des Rechts vom größten Einfluß auf deſſen Verwirklichung iſt, bedarf auch für den Laien keiner Bemerkung. Beſtimmungen, die völlig zweckwidrig ſind, ſcheitern an ihrer eigenen Unausführbarkeit, und Geſetze, welche mit dem Geiſt der Zeit in Widerſpruch ſtehen, mögen ſie hinter der Zeit zurück oder ihr voraus ſein, können des ärgſten Widerſtandes gewiß ſein. Von dieſer materiellen Angemeſſenheit wird im Folgenden nicht die Rede ſein; — der Juriſt hat über ſie keine Macht, die Frage gehört nicht zur Technik des Rechts. Die Angemeſſenheit des Rechts, für welche letztere einzuſtehen hat,

und mit der wir uns im Folgenden allein zu beschäftigen haben, ist rein formaler Art. Sie liegt beschlossen in der Frage: wie soll das Recht, ganz abgesehen von seinem Inhalt, eingerichtet und gestaltet sein, damit es durch die Art seines Mechanismus die Anwendung der Rechtssätze auf den concreten Fall möglichst vereinfache, erleichtere, sichere?

Der s. g. gesunde Menschenverstand wird keine andere Antwort darauf haben als: klare, bestimmte und detaillirte Abfassung der Gesetze; die Antwort, welche die Jurisprudenz d. h. die Erfahrung in Dingen des Rechts darauf ertheilt, lautet anders. Daß jene Eigenschaften, so wenig ich sie im übrigen gering schätzen will, nicht ausreichen, läßt sich leicht nachweisen. Was nützen die genauesten und ausführlichsten Gesetze, wenn der Richter, wie dies z. B. in der spätern Kaiserzeit in Rom und heutzutage in England der Fall, sie mit dem besten Willen kaum zu bewältigen vermag? Was ferner die schärfsten Begriffsbestimmungen und Unterscheidungen, wenn die Anwendung auf den einzelnen Fall mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen hat, es dem Gesetze, um einen frühern Ausdruck zu gebrauchen (S. V. 1 S. 51) an der formalen Realisirbarkeit gebricht?

Die Frage, um die es sich handelt, ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, und die ganze Theorie der Technik ist nichts als die erkannte und befolgte Zweckmäßigkeit in Bezug auf die Lösung der obigen Aufgabe. Aber so leicht es ist sich hiervon zu überzeugen, nachdem die Lösung gefunden, so täusche man sich nicht über die Schwierigkeiten der Aufgabe. Wir haben es hier mit einem Problem zu thun, für dessen Bewältigung es der unausgesetzten Arbeit von Jahrhunderten bedurfte, eine Arbeit, die weit über die Zeiten der eigentlichen Wissenschaft im Recht in die Vergangenheit zurückragt. Die Technik des Rechts ist nicht erst mit der Jurisprudenz in die Welt gekommen. Längst vor aller Wissenschaft hat sich bereits der juristische Instinkt in dunkler Ahnung des Richtigen an der Aufgabe versucht; mit welchem Erfolg, davon legt das ältere römische Recht beredtes Zeugniß ab.

Die Kunſt iſt auch auf dem Gebiete des Rechts früher, als die Wiſſenſchaft, denn die Kunſt verträgt ſich mit dem Ahnen, dem bloßen Gefühl oder Inſtinkt, während die Wiſſenſchaft erſt mit dem Erkennen beginnt.

Die techniſche Unvollkommenheit des Rechts iſt nicht bloß eine partielle Unvollkommenheit, eine Vernachläſſigung einer einzelnen Seite des Rechts. Techniſche Unvollkommenheit iſt Unvollkommenheit des ganzen Rechts; ein Mangel, der das Recht überall in allen ſeinen Zwecken und Zielen hemmt und beeinträchtigt. Was hilft das Wollen und Setzen der höchſten ethiſchen Anforderungen, was die würdigſte Erfaſſung der Idee der Freiheit, Gerechtigkeit u. ſ. w. in Form geſetzlicher Beſtimmungen, wenn die Verwirklichung dieſer Ideen am concreten Rechtsverhältniß aus dem Grunde mangelhaft, ſchwerfällig, ungleichmäßig ausfällt, weil es der Technik an der manuellen Geſchicklichkeit fehlt, das Abſtracte, ſo wie es ſich gehört, in Wirklichkeit umzuſetzen? Darum hat die Technik mittelbar auch eine ethiſche Bedeutung, und die praktiſche Jurisprudenz, indem ſie bei der techniſchen Geſtaltung des Stoffs auch das Kleinſte mit äußerſter Sorgfalt behandelt, darf ſich rühmen durch Vervollkommnung der Technik des Rechts für das Höchſte und Größte thätig zu ſein; ihre niedere und unſcheinbare Arbeit fördert letzteres in Wirklichkeit oft mehr als die tiefſinnigſte Gedankenarbeit.

Die bisherigen Bemerkungen über die Technik habe ich geglaubt vorausſchicken zu dürfen, bevor wir uns über den Ausdruck ſelber verſtändigt haben. Ich gebrauche letzteren in einem doppelten Sinn, in einem ſubjectiven und objectiven. In jenem verſtehe ich darunter die juriſtiſche Kunſt, deren Aufgabe die formale Vollendung des gegebenen Rechtsſtoffs in dem oben angegebenen Sinn iſt, kurz die techniſche Methode, in dieſem die Verwirklichung dieſer Aufgabe am Recht ſelbſt, alſo den entſprechenden techniſchen Mechanismus des Rechts. Aehnlich gebraucht ja die Sprache auch den Ausdruck Mechanik von der Kunſt und von dem durch die Kunſt bewerkſtelligten Mechanismus.

Ein Nachtheil ist von dieser zwiefachen Bedeutung des Ausdrucks nicht zu befürchten, die Einsicht des Lesers wird es mir ersparen durch einen eigenen Zusatz anzugeben, welche von beiden Bedeutungen jedesmal gemeint ist.

Die gesammte Thätigkeit der juristischen Technik läßt sich auf zwei Hauptzwecke zurückführen. Wer das Recht mit Sicherheit anwenden will, muß dasselbe zunächst sich aneignen, geistig beherrschen. Diese Arbeit der geistigen Aneignung desselben kann ihm durch die Beschaffenheit des Rechts selbst sehr erleichtert und sehr erschwert werden. Die Erleichterung dieser Arbeit mittelst der möglichsten *quantitativen und qualitativen Vereinfachung* des Rechts ist die eine der beiden Hauptaufgaben der Technik; mit welchem Erfolg und mit welchen Mitteln sie dieselbe zu lösen vermag, wird die folgende Darstellung zeigen. Die zweite Aufgabe derselben ist bestimmt durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den concreten Fall. Die Fertigkeit der Anwendung ist allerdings vorzugsweise Sache des Subjects, sie ist eine Kunst, die nur durch Uebung zu erlernen ist, allein auch in Bezug auf sie kann das Recht selber durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtssätze die Aufgabe außerordentlich erleichtern sowie durch eine verkehrte sehr erschweren. Die Bestimmung Justinians z. B. über das Erbrecht der „armen" Wittwe oder über die „den Reichen" erlaubten Einsätze beim Spiel ist das Muster eines Gesetzes, wie es *nicht* sein soll — denn beide Begriffe sind völlig unbestimmt, und es ist unvermeidlich, daß der eine Richter dieselben so, der andere anders anwendet. Dagegen ist die Anwendung aller Gesetze, welche eine bestimmte *Zahl* enthalten (z. B. über die Altersstufen, Verjährung, große Schenkung, großer Diebstahl) höchst leicht. Die Aufgabe der Gesetzgebung sowohl wie der Jurisprudenz besteht nun darin, Begriffe, welche sich der sichern Anwendung entziehen, in eine solche Gestalt zu bringen, welche letztere ermöglicht, den Begriff aus der Sprache der Rechtsphilosophen, wenn ich so sagen darf, in die des Gesetzgebers zu übersetzen. Der rechtsphilosophische Gedanke der Mündigkeit ist

Reife der Verstandesentwicklung, der Volljährigkeit Reife des Charakters, aber für die praktische Anwendung ist dieser Gedanke ungeeignet, an seine Stelle tritt die Zahl — was an Wahrheit oder Correctheit des Gedankens verloren geht, wird an praktischer Anwendbarkeit desselben gewonnen. Vortrefflich ist diese Differenz der abstract philosophischen und der praktisch juristischen Fassung eines und desselben Gedankens erkannt von Cicero de off. III 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Diese Rücksicht auf die letztere Eigenschaft: die formale Realisirbarkeit des Rechtssatzes, wie ich sie früher (Bd. 1 S. 51) genannt habe, oder besser der Gesichtspunkt der Praktikabilität des Rechts ist die zweite Hauptaufgabe der Technik. In welchem Maße sie auf die Gestaltung der Rechtssätze zurückwirkt, wird schon aus den wenigen angegebenen Beispielen erhellen; einer weiteren Ausführung dürfen wir uns hier überheben, da wir den Punkt schon an der so eben angegegebenen Stelle behandelt haben.

So verbleibt uns denn für die folgende Betrachtung nur das erste der beiden genannten technischen Probleme: die quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts.

Die Erkenntniß und subjective Aneignung des Rechts ist theils Sache des Verstandes, theils Sache des Gedächtnisses, und je nach Beschaffenheit der Rechte ist das Maß des erforderlichen Aufwandes der einen oder andern Geisteskraft ein verschiedenes. Es gibt Rechte, die mehr den Verstand als das Gedächtniß, andere, die mehr das Gedächtniß als den Verstand in Anspruch nehmen, Rechte ferner, bei denen die Arbeit für beide eine relativ leichte, andere, bei denen sie eine ungemein schwierige ist. Im allgemeinen wird sich die Anstrengung des Gedächtnisses nach dem quantitativen, die des Verstandes nach dem qualitativen Verhalten der Rechte bestimmen.

Die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der subjectiven Aneignung des Rechts hat aber nicht ein bloß subjectives Interesse, sondern mit letzterem trifft hier ein objectives d. h. das der Rechtspflege genau zusammen. Je mehr das Recht dem, der es anzuwenden und mithin zu erlernen hat, durch seine Weitschichtigkeit die Uebersicht, durch seine Dunkelheit und Unbestimmtheit das richtige Verständniß erschwert, um so unvollkommener wird, wenn wir im übrigen auf Seiten des Subjects dasselbe Maß der Kräfte und der Anspannung derselben voraussetzen, das Recht selber zur Anwendung kommen. Das Interesse des Richters und des Verkehrs gehen hier Hand in Hand, und es ist mithin eine Frage von äußerster praktischer Wichtigkeit, ob und wie es sich erreichen läßt, die subjective Aneignung des Rechts dem Juristen in einer Weise zu erleichtern, daß auch bei der reichsten extensiven und intensiven Entwicklung des Rechts das gewöhnliche Maß von Kraft und Fleiß zur Bewältigung der Aufgabe ausreiche.

Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks besteht in der quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts. In dieser Formel ist dem Juristen die geistige Herrschaft über das Recht gegeben, in ihr läßt sich die ganze Aufgabe der juristischen Technik nach dieser Seite hin zusammenfassen.

I. Die quantitative Vereinfachung. Sie bezweckt eine Verringerung der Masse des Stoffs, natürlich unbeschadet der mit demselben zu gewinnenden Resultate. Ihr Gesetz ist: mit möglichst wenig möglichst viel auszurichten, je geringer das Material, um so leichter und vollkommner läßt es sich handhaben.

Ich nenne dies das Gesetz der Sparsamkeit und erblicke darin eins der Lebensgesetze aller Jurisprudenz. Eine Jurisprudenz, welche dieses Gesetz nicht begriffen hat, d. h. die es nicht versteht mit dem Material zu ökonomisiren, wird von der anschwellenden Masse des Stoffs zu Boden gedrückt und erliegt ihrem eigenen Reichthum. Für das richtige Verständniß der altrömischen Technik ist die Kenntniß dieses Gesetzes geradezu unentbehrlich. Den großen Umfang seines Verwirklichungsgebiets veranschaulichen

folgende techniſche Operationen, von denen drei in den folgenden Paragraphen einer genaueren Erörterung unterzogen werden ſollen:

1. Die Zerſetzung des Stoffs oder die Reduction deſſelben auf ſeine einfachen Grundbeſtandtheile (§. 39).
2. Die logiſche Concentration des Stoffs (§. 40).
3. Die ſyſtematiſche Anordnung des Stoffs.

Die quantitative Vereinfachung des Materials iſt zwar nicht gerade Zweck dieſer Operation, aber ſie iſt eine wichtige Folge derſelben. Die ſyſtematiſche Claſſification enthält in jeder Wiſſenſchaft keine bloß locale Diſtribution der Maſſe, keine bloße durch Zweckmäßigkeitsrückſichten beſtimmte Ortsanweiſung für das Einzelne, um es mit leichter Mühe wieder zu finden, ſondern ſie enthält eine mit der äußerſten Breviloquenz ausgedrückte Ontologie der ſpeciellen Wiſſenſchaft, d. h. eine in Form einer Tabelle erſtattete Auskunft über das, was jeder einzelne Gegenſtand oder Begriff iſt, und wie er mit dem Geſammtorganismus der Wiſſenſchaft zuſammenhängt — die Stammtafel der Begriffe. In dem kahlen Skelett, das uns eine Wiſſenſchaft darbietet, ſteckt in unſcheinbarſter Geſtalt eine Energie des Denkens, eine Concentration des reichſten Inhalts auf kleinſtem Raum, wie in nichts anderem. [480])

480) Gegenüber einer namentlich unter praktiſchen Juriſten vielverbreiteten Anſicht, als ob die ſyſtematiſche Frage im Recht ein rein formales oder theoretiſches Intereſſe habe, kann ich die hohe praktiſche Bedeutung derſelben nicht genug hervorheben. Das Intereſſe der richtigen ſyſtematiſchen Stellung eines Inſtituts iſt kein anderes als das der richtigen materiellen Erkenntniß und Darſtellung deſſelben. Wer irgend einen Gegenſtand falſch claſſificirt, z. B. einen Vogel zu den Säugethieren ſtellt, ſagt damit von dem Gegenſtand etwas materiell Falſches aus, und dieſer Eine Irrthum kann die Quelle von unzähligen anderen werden. Syſtematiſche Verſehen ſind daher nicht harmloſe, unſchuldige Irrthümer, ſondern ſie gehören zu den gefährlichſten, die es gibt, und die Sorgfalt, welche die Theorie auf die ſyſtematiſche Frage verwendet, iſt im höchſten Grade gerechtfertigt. Es würde in meinen Augen ein höchſt ergibiges und dankbares Thema ſein, eine Geſchichte der Irrthümer zu liefern, die lediglich aus einer falſchen ſyſtematiſchen Stellung hervorgegangen ſind. Jeder ſyſtematiſche Fehler iſt das Product und zugleich die Quelle einer

4. Die juristische Terminologie.

Es ist begreiflicherweise nicht dieses Orts, die Nothwendigkeit und den hohen Werth einer richtig ausgebildeten d. h. scharf ausgeprägten und reich entwickelten Kunstsprache für die Wissenschaft auseinander zu setzen, den Nachweis zu führen, in welchem Maße die Bestimmtheit, Sicherheit und Raschheit des wissenschaftlichen Denkens durch sie bedingt ist; wir beschränken uns lediglich auf den Dienst, den sie dem Juristen in Bezug auf den oben genannten Zweck gewährt. Nun ist es zwar klar, daß der Kunstausdruck den Gedanken oder Inhalt, den er bezeichnen soll, um nichts einfacher macht, als er an sich ist, allein er bringt ihn in eine Form, die den Gebrauch desselben unendlich vereinfacht und erleichtert. Mit einem einzigen Kunstausdruck ersparen wir uns hundert Worte;[481] so lange der Kunstausdruck für eine eigenthümliche wissenschaftliche Wahrheit oder Anschauung noch fehlt, fehlt ihr dasselbe, was dem Stück Metall, bevor es geprägt wird: die Fähigkeit als Münze zu coursiren. Die Sache allein thut es nicht, es gehört der Name dazu; auch in der Wissenschaft muß der Geburt die Taufe folgen. Eine Ausartung der Terminologie ist die bloße Nomenklatur, welche auch das Werthlose mit Namen versieht — eine Richtung, welche bekanntlich in unserer Wissenschaft vor noch nicht langer Zeit recht einheimisch war; so gerechtfertigt der Widerstand gegen sie ist, so unberechtigt und aussichtslos ist er gegen die Terminologie als solche, selbst wenn letztere sich hergebrachter Fremdwörter bedient.[482]

---

mangelhaften Erkenntniß des Gegenstandes, ein falscher Wegweiser, und so lange die Wissenschaft noch die rechte systematische Stelle für den Gegenstand nicht gefunden, hat sie ihn auch noch nicht recht begriffen, denn begreifen heißt nicht, den Gegenstand bloß an und für sich erfassen, sondern auch in seinem Zusammenhange mit andern.

481) Wie vieler Worte würde es z. B. bedürfen, um den Satz: die Evictionsleistung erstreckt sich nicht auf necessariae impensae, in die Sprache des Laien zu übersetzen.

482) Der Eifer gegen die juristische Terminologie, das Verlangen, daß die Jurisprudenz möglichst sich der Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens bedie-

5. Die Kunſt der geſchickten Verwendung des Vorhandenen (die juriſtiſche Oekonomie) (§. 56—59).

II. Die qualitative Vereinfachung des Rechts. Die Leichtigkeit und Schwierigkeit der Auffaſſung und Aneignung eines Gegenſtandes beſtimmt ſich nicht bloß nach dem quantitativen Moment, nach der Ausdehnung und dem Umfang, ſondern ebenſo ſehr nach dem qualitativen, nach der innern Ordnung, Symmetrie, Einheit des Gegenſtandes. Qualitativ einfach iſt das Recht, wenn es wie aus Einem Guſſe iſt, wenn die Theile unter ſich ſcharf begränzt und geſchieden ſind und dennoch ſich harmoniſch zu Einer Einheit zuſammenfügen, wenn alſo das Auge den Theil ebenſo leicht wie das Ganze erfaſſen kann. Wodurch die Jurisprudenz dies erreicht, wird in dem Abſchnitt über juriſtiſche Conſtruction (§. 41) gezeigt werden.

Es ſollen jetzt drei der oben genannten Operationen: die Analyſe, Concentration und Conſtruction, näher erörtert werden. Dieſelben greifen im Einzelnen allerdings vielfach

---

nen ſolle, um dem Laien das Verſtändniß des Rechts zu erleichtern, beruht auf einem frommen Wahn. Ob man für die lateiniſchen Ausdrücke: culpa, dolus u. ſ. w. deutſche wählt, gewährt dem Bürger und Bauer für das Verſtändniß des Rechts keine Erleichterung, es handelt ſich nicht um das Verſtändniß von Ausdrücken, ſondern von Begriffen, und ſo wenig der Bauer eine algebraiſche Formel darum verſteht, weil ſie mit gewöhnlichen Buchſtaben, Zahlen u. ſ. w. geſchrieben iſt, ebenſowenig verſteht er unſere juriſtiſchen Formeln, wenn wir ſtatt culpa Schuld, dolus Betrug u. ſ. w. ſagen. Daß aber die Ausdrücke einer todten Sprache für die Terminologie vortheilhafter ſind, als die einer lebendigen, bedarf ſchwerlich eines Nachweiſes. Der Sinn, in dem die Wiſſenſchaft die Worte der Mutterſprache gebraucht, wird und muß nothwendigerweiſe oft ein anderer ſein, als in dem das Leben ſie nimmt, ſchon darum weil die Bedeutung des Ausdrucks im Leben ſich nicht ſelten ändert, während die Wiſſenſchaft bei der bisherigen verbleiben muß, ſo wie umgekehrt auch das Leben ſich durch die Begriffsbeſtimmung der Wiſſenſchaft nicht wird abhalten laſſen, den Ausdruck in einem andern Sinn zu nehmen. Die Sprache der Wiſſenſchaft und des Lebens ſind vielfach zwei verſchiedene Sprachen.

ineinander über, allein dennoch ist eine Unterscheidung derselben im Begriff nicht bloß möglich, sondern zum Zweck der gesonderten Darstellung absolut nothwendig. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Unterscheidung der verschiedenen Geistesvermögen. Von letzteren arbeitet nie eine einzelne Kraft für sich allein, oder richtiger, die verschiedenen Kräfte, die wir annehmen, sind nur eben so viele Seiten oder Richtungen einer und derselben Kraft, allein dennoch ist, um sich diese Verschiedenheit zum Bewußtsetn zu bringen, eine Trennung und abgesonderte Darstellung derselben unerläßlich. In diesem Sinn bitte ich auch die Unterscheidung jener drei Operationen aufzufassen.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juristischen Technik.

1. Die juristische Analyse (das Rechtsalphabet).

Der einfache Rechtskörper — localisirende und abstracte Rechtsproduction — historische Erscheinung des Abstracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchstaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache.

XXXIX. Eine der großartigsten, fruchtbarsten und doch zugleich einfachsten Entdeckungen, die der menschliche Geist je gemacht hat, ist das Alphabet. Vierundzwanzig Zeichen geben uns die Herrschaft über einen unerschöpflichen Schatz, und die Handhabung dieses Mittels ist in dem Maße leicht und einfach, daß die Operationen des Fixirens der Worte durch Zeichen und die Entzifferung der Zeichen: das Schreiben und Lesen, selbst einem Kinde begreiflich gemacht und von ihm bis zur größten Vollkommenheit erlernt werden können. Ohne das Alphabet würde eine solche Herrschaft über die Sprache selbst durch die äußerste Kraft und Anstrengung nicht erreicht werden können, und Lesen und Schreiben würde die schwierigste aller Künste und Wissenschaften sein.

Das Alphabet enthält für das Gebiet der Sprache die Lösung einer Aufgabe, die wir oben für das Recht als das Hauptproblem der Technik bezeichnet haben: die Erleichterung der Herrschaft über den Stoff durch Vereinfachung desselben, und es liegt daher sehr nahe zu fragen, ob nicht dieselbe Weise der Lösung auch hier anwendbar, d. h. ob nicht die Idee des Alphabets auf das Recht übertragbar sei. Die Idee des Alphabets aber beruht auf Zersetzung, Zurückführung des Zusammengesetzten auf seine Elemente, das Alphabet ist aus der Beobachtung hervorgegangen, daß die Sprache ihren ganzen Reichthum an Worten durch eine verschiedene Combination gewisser Grundlaute gebildet hat, und daß mithin die Entdeckung und Bezeichnung dieser Grundlaute ausreicht, um mit und aus ihnen jedes beliebige Wort zusammenzusetzen.

Was die Worte in der Sprache, das sind die Rechtsverhältnisse im Recht — die Formen, in denen die entsprechende Thätigkeit der Menschheit (dort das Denken, hier das Wollen) vor sich geht und sich bethätigt; in Worten wie in Rechtsverhältnissen tritt das Individuum aus sich heraus und zu andern in eine geistige Verbindung. Diese Bewegung ist aber eine unübersehbar reiche, ewig neue; jeder Tag bringt neue Worte, jeder Tag neue Rechtsverhältnisse hervor. Aber bei letzteren wie bei ersteren ist dieser Reichthum und diese Verschiedenheit nur das Product einer Combination einfacher Elemente, und hierauf beruht, wie bei der Sprache, so auch beim Recht, die Möglichkeit einer verhältnißmäßig leichten Beherrschung der Sache. Die Aufgabe besteht hier wie dort in der Aufstellung eines Alphabets, d. h. in der Entdeckung dieser Elemente. Müßte der Gesetzgeber für jedes Rechtsverhältniß oder jede besondere Gestaltung eines solchen eine Regel aufstellen, es würde der Stoff uns nicht bloß durch seine Massenhaftigkeit erdrücken, sondern trotzdem uns täglich im Stich lassen, da die Erfindungskraft des Lebens aller Voraussicht und Berechnung spottet.

Zersetzung des Stoffs, Auffindung der einfachen Elemente

des Rechts ist also der in der innersten Nothwendigkeit der Sache selbst gelegene Weg zum Ziel. Es bewährt sich hier eine Bemerkung, die wir früher (S. 27) bei einer andern Gelegenheit zu machen hatten, daß das Wesen des Rechts in Zersetzen, Schneiden, Trennen bestehe. Die juristische Technik läßt sich nach dieser Seite hin als eine Chemie des Rechts bezeichnen, als die juristische Scheidekunst, welche die einfachen Körper sucht. Auf je weniger einfache Körper sie den Stoff zurückführt, mit je größerer Leichtigkeit und Sicherheit sie alle zusammengesetzten als das erkennt, was sie sind, um so höher ihre Kunst, um so vollkommener das Recht.

In welcher Weise geschieht diese Zersetzung, wie ist sie möglich? Ich hoffe dies bereits an dieser Stelle klar machen zu können, will jedoch bemerken, daß dieser Gegenstand erst bei Gelegenheit der juristischen Construction sein volles Licht erhalten wird.

Ich nehme an, daß eine Gesetzgebungscommission bei Ausarbeitung eines Gesetzbuches zuerst den Kaufcontract behandelt und alle denkbaren Fragen, die im Leben bei ihm vorkommen können, entschieden hat. Späterhin handelt es sich um eine gleiche legislative Normirung anderer Contracte z. B. des Tausch-, Miethcontractes. Hier werden nun neben solchen Fragen, die rein und ausschließlich auf dies besondere Verhältniß sich beziehen, auch solche wiederkehren, die bereits bei Gelegenheit des Kaufcontracts und mit Rücksicht auf ihn entschieden worden sind, z. B. die Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit des Contracts, über die Folgen der Mangelhaftigkeit oder der Verzögerung der Leistung. Es wäre nun denkbar, daß man eine solche sich öfter wiederholende Frage mit Rücksicht auf die wirkliche oder vermeintliche Besonderheit des Verhältnisses jedes Mal von neuem und in anderer Weise entschiede. Das Gesammtmaterial, das zur Beantwortung der einen Frage producirt worden wäre, würde sich dann von den einzelnen Verhältnissen, in und an denen es existirte, nicht in der Weise trennen lassen, daß aus demselben eine für alle einzelnen Verhältnisse zutreffende allgemeine Theorie

jener Frage gebildet werden könnte; dem Stoff ſelbſt würde hier das allgemeine Daſein und damit der Jurisprudenz die Möglichkeit zum Analyſiren und Abſtrahiren fehlen. Wollte ſie das Material dennoch trennen und zuſammentragen, ſo wäre dies eine rein äußerliche, nutzloſe Zuſammenſtellung, ein Aggregat von abgeriſſenen Bruchſtücken verſchiedener juriſtiſcher Körper ohne innere Einheit.

Eine ſolche Methode der geſetzlichen Regulirung einer Frage, die den Stoff bloß in ſeiner localen Zerſplitterung und Zerſtreuung zur Erſcheinung bringt, könnte man die localiſirende nennen. Eine abſolute Localiſirung des Rechtsſtoffs iſt eine Unmöglichkeit; das Moment der Allgemeinheit, das einmal in den Dingen liegt, wird ſich auch ohne Wiſſen und Willen des Geſetzgebers geltend machen, und hätte er den Stoff auch noch ſo ſehr localiſirt, die Jurisprudenz wird immer einige, wenn auch noch ſo allgemeine Abſtractionen demſelben entnehmen können.

Den Gegenſatz zu dieſer Methode bildet diejenige, welche die Frage von den einzelnen Verhältniſſen, bei denen dieſelbe praktiſch zum Vorſchein kommt (z. B. der Irrthum nur bei Abſchluß eines einzelnen Contracts) ablöſt und ſie in ihrer Allgemeinheit d. h. abſtract erfaßt und entſcheidet; wir bezeichnen ſie als abſtracte. Was ſie will, iſt nicht etwa möglichſte Aufhebung des Individuellen und Auflöſung des Rechts in verſchwimmender Allgemeinheit, ſondern ſie will nur, daß das, was in Wahrheit allgemein iſt, auch als ſolches erkannt und behandelt werde. Das Mittel zu dieſem Zweck iſt die Zerſetzung der Inſtitute; ſie ſcheidet die allgemeinen Elemente aus und läßt nur das Individuelle zurück. Mitunter holt ſie mittelſt jener Operation faſt den ganzen geiſtigen Kern heraus, ſo daß das, was an individuellen Momenten übrig bleibt, höchſt dürftig und dürr iſt — man denke z. B. an die Theorie der Prädialſervituten und der Innominatcontracte — mitunter iſt der Rückſtand an individuellem Gedankengehalt ein ganz beträchtlicher, ſo z. B. bei den Conſenſualcontracten. Je mehr die Geſetzgebung oder (wovon nachher das Nähere) die Wiſ-

senschaft sich vervollkommnet, um so mehr wird sich der Rechtsstoff aus den concreten Parthien nach und nach in die abstracteren zurückziehen; in einem unentwickelten Recht werden erstere über letztere, in einem entwickelten letztere über erstere das Uebergewicht haben.

Die Macht der Dinge setzt aber auch dieser Richtung eine gewisse Gränze; eine absolut abstrahirende Gestaltung des Stoffs ist praktisch nicht minder unausführbar, wie eine absolut localisirende. Das praktische Bedürfniß (utilitas) wird es mitunter erheischen, daß die abstracte Regel zu Gunsten eines besonders eigenthümlich gearteten Verhältnisses verlassen, die an sich allgemeine Frage also in Anwendung auf dieses Verhältniß local entschieden werde. Dies ist das jus singulare der Römer. Nicht das individuelle Recht schlechthin heißt so, also z. B. nicht die eigenthümlichen Grundsätze der Consensual-Verträge im Gegensatz zu den Real-Contracten, sondern nur die locale Abweichung von einem an sich allgemeinen Princip (ratio juris). Diejenigen Rechtssätze, die ihrer Natur nach nothwendig local, weil durch die Individualität dieser Species gegeben sind, enthalten keine Abweichung von einem Allgemeinen, weil es für sie kein Allgemeines gibt; sie sind speciell, aber nicht singulär. Ebenso wenig darf man von einem jus singulare sprechen, wo der ganze Stoff von vornherein localisirt ist, wie z. B. bei den Fristen der Verjährung.

Die Jurisprudenz kann das Allgemeine nur abstrahiren d. h. es herausholen, wo es ist, aber sie kann es nicht schaffen. Der Erfolg ihrer auf Gewinnung des Allgemeinen gerichteten Bemühungen ist daher wesentlich davon abhängig, wie das Recht selber von vornherein angelegt ist, ob in ihm, wie im römischen, von früh auf, mehr eine centralisirende, oder wie im deutschen, eine localisirende Richtung heimisch gewesen ist.

Auf jedem Gebiet der Erkenntniß erblickt und gewinnt der menschliche Geist früher das Concrete als das Abstracte. Darum erscheinen auch im Recht die concreten Parthien d. h. die Rechtssätze für einzelne Rechtsverhältnisse historisch ungleich früher ent-

wickelt als die abſtracten Parthien. Bevor letztere in ihrer wahren d. h. allgemeinen Form von der Geſetzgebung oder Wiſſenſchaft erkannt und ausgeſprochen ſind, haben ſie nicht ſelten eine lange Vorgeſchichte durchmachen, verſchiedene Phaſen zurücklegen müſſen. Dieſe Entwickelungsgeſchichte derſelben gehört zu den intereſſanteſten Erſcheinungen auf dem Gebiete der Rechtsgeſchichte, und es iſt uns um ſo nöthiger dieſelbe kennen zu lernen, als an ihr eine der wichtigſten Aufgaben und Operationen der juriſtiſchen Technik zu Tage tritt.

Die Erſcheinung, die ich meine, und zu der uns nicht bloß die Geſchichte des römiſchen, ſondern eines jeden Rechts eine Reihe von Beiſpielen liefert, beſteht darin, daß ein abſtracter Gedanke urſprünglich erſt in beſchränkter Weiſe bei einem einzelnen Punkt, den ich den *hiſtoriſchen Durchbruchspunkt*[495]) deſſelben nennen möchte, zum Vorſchein kommt und erſt nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung erlangt, die ihm ſeiner Natur nach gebührt. Auch die Gedanken haben um ihre Exiſtenz zu ringen und nicht ſelten ſich jeden Fußbreit Landes mühſam zu erkämpfen. Träten ſie gleich in ihrer ihnen dermaleinſt beſchiedenen Allgemeinheit auf, man würde ſie nicht verſtehen und ſich ihnen widerſetzen. Darum erſcheinen ſie in höchſt beſcheidener Geſtalt und begnügen ſich anfänglich mit einem kleinen Gebiet, bis die Geiſter ſich an ſie gewöhnt und ſie ſelbſt in irgend einem Punkte Wurzel gefaßt, feſte Geſtalt und damit die Kraft zum weitern Vorſchreiten gewonnen haben. Aber der Anſpruch des Gedankens auf Allgemeinheit und damit die Inconſequenz, deren man ſich durch dieſe

---

495) Nicht zu verwechſeln mit dem Einfluß, den irgend ein beſonderes Verhältniß, Intereſſe u. ſ. w. auf die Hervorbringung eines *allgemeinen* Rechtsſatzes ausüben kann. Als hiſtoriſches Motiv der Einführung der Codicille wird uns die *Abweſenheit* genannt (pr. I. de codicill. 2. 25.. propter magnas et longas peregrinationes), allein das Inſtitut ward nicht auf dieſe Vorausſetzung beſchränkt, es galt allgemein für Anweſende und Abweſende.

Beschränkung desselben auf ein einzelnes Verhältniß schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen, denn die Consequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, unbewußt, aber nicht minder wirksam im Geist fortarbeitet und längst empfunden und gefühlt ist, bevor sie erkannt wird. Darum kommt auch für jenen Gedanken unausbleiblich die Zeit, wo man fragt: warum gilt er bloß hier, warum nicht auch in dem und jenem völlig gleichartigen Verhältniß, eine Zeit, wo Manchem die seitherige Beschränktheit seiner Geltung nicht minder auffällig und verwunderlich erscheinen mag, als vor und zur Zeit seiner Einführung einem Andern der Versuch, ihn überhaupt, wenn auch nur in beschränktester Weise zuzulassen.

Ich will das Gesagte jetzt an einer tabellarisch geordneten Reihe von Beispielen aus dem römischen Recht erläutern. Die Columne links bezeichnet den Gedanken in seiner späteren reinen d. h. abstract allgemeinen Gestalt, die Columne rechts den Durchbruchspunkt desselben, bei dem er historisch zuerst in beschränkter Weise zum Vorschein gekommen ist.

1. Stellvertretung bei Obligationen.	Rhederei und Handel (act. exercit. und institoria).
2. Schutz der bonae fidei possessio durch die act. Public. (Idee des relativ-bessern Rechts).	Verkauf und Tradition.
3. Die act. quanti minoris und redhibitoria.	Sklaven- und Vieh-Handel.
4. Restitution bei Verlust durch unverschuldete Versäumniß.	Abwesenheit.
5. Fixirung der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen durch dolose Veräußerung der Sachen.	Hereditatis petitio.
6. Fingirte Erfüllung der Bedingung (S. 59, Anm. 235).	Bedingtes Vermächtniß der Freiheit.
7. Dinglicher Schutz des Pfandes.	Pachtverhältniß (act. Serviana).

Diese Beispiele ließen sich noch um viele vermehren, für unsern Zweck reichen jedoch die mitgetheilten vollkommen aus.

Worauf es mir vor allem bei dieser ganzen Erscheinung ankommt, ist, den Gedanken fern zu halten, daß es sich hier um etwas Zufälliges oder eine unvollkommene Entstehungsweise des Rechts handle. Zufällig ist weder die Erscheinung selbst im allgemeinen, denn es ist nichts als das allbekannte Gesetz des *Werdens*, das sich in ihr verwirklicht, noch ist es zufällig im einzelnen Fall, daß ein neuer Gedanke gerade bei diesem Punkt zum Durchbruch kommt. Die Gründe, welche dies bedingen, können verschiedener Art sein. Zunächst gehört dahin die größere Dringlichkeit des Bedürfnisses. Dasselbe tritt nicht überall sofort in gleicher Weise auf, es wird an dem einen Punkt früher oder stärker fühlbar als an dem andern; so z. B. das Bedürfniß nach Stellvertretung in der Rhederei und beim Handel (Fall 1). Ein zweiter Grund ist die Leichtigkeit der legislativen Gestaltung des Gedankens in Richtung auf dieses bestimmte Verhältniß, wofür auf Fall 2 und 4 und, wenn ich noch andere Beispiele hinzufügen soll, auf die Priorität des *Sachen*besitzes vor dem Quasibesitz, auf die ursprüngliche Beschränkung des Ususfructus, Depositums, der Miethe auf individuell bestimmte Gegenstände gegenüber der späteren Ausdehnung dieser Verhältnisse auf generisch bestimmte Sachen, auf die ursprüngliche Fassung des damnum injuria datum als eines corpore corpori datum u. s. w. verwiesen werden mag. Der Vollständigkeit wegen muß ich noch eines andern Grundes gedenken. Die beiden so eben angeführten setzten voraus, daß der Rechtssatz oder Gedanke von vornherein in allgemeiner Gestalt hätte auftreten *können*, d. h. daß ein weiterer Anwendungskreis, als auf den er sich beschränkte, für ihn vorhanden gewesen wäre. Nun ist aber auch der Fall möglich, und er ist im römischen Recht nicht selten, daß irgend ein Princip oder Begriff ursprünglich sich aus *dem* Grunde an ein besonderes Verhältniß angelehnt und in ihm localisirt hat, weil letzteres damals das einzige seiner Art war. Gattungs- und Artbegriff fallen hier ganz zusammen; was der

Gattung angehörte, kam in Gestalt der Species zu Tage. Nehmen wir beispielsweise den Gattungsbegriff des jus in re aliena. Eine Reihe von Rechtssätzen, die sich aus ihm ergeben, wie z. B. daß der Inhalt eines solchen Rechts nicht in Handlungen des Herrn der belasteten Sache bestehen kann, daß dasselbe durch Consolidation untergeht u. s. w., haben sich historisch zuerst an der Servitut entwickelt, weil letztere lange Zeit hindurch das einzige jus in re war. Manche dieser Sätze haben ihre ursprüngliche, auf die Species lautende Form noch beibehalten (z. B. servitus in faciendo consistere nequit, nulli res sua servit), obschon diese enge Fassung für das neuere Recht gar nicht mehr zutrifft. Aehnlich verhält es sich mit dem Begriff der erbrechtlichen Universalsuccession. Im ältern Recht war die hereditas die einzige Art der Universalsuccession, der Gattungsbegriff konnte also nur an ihr entwickelt werden, die erbrechtlichen Regeln lauteten daher sämmtlich auf die hereditas. Seit dem Aufkommen der Bonorum Possessio hätten sie diese Fassung wenigstens überall da, wo sie nicht etwas Specifisches der hereditas, sondern etwas der ganzen Gattung Gemeinsames betrafen, ablegen müssen, nichts desto weniger aber haben sie dieselbe auch im neuern Recht beibehalten.

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Art und Weise, wie die Verallgemeinerung des Gedankens zu geschehen pflegt, so scheint diese Art der Fortbildung des Rechts vorzugsweise der Jurisprudenz vorbehalten zu sein. Im römischen Recht wenigstens sind, abgesehen von dem Fall, wo es sich um Verallgemeinerung eines ursprünglich nur einem einzelnen Stande verliehenen Privilegiums handelt, mir keine Fälle bekannt, in denen die Gesetzgebung sich selbst dieser Aufgabe unterzogen hätte. Die Operation, mittelst deren die Jurisprudenz dieselbe löst, ist unter dem Namen der analogen Ausdehnung allbekannt, sie dürfte jedoch durch den Zusammenhang, in den unsere Darstellung sie bringt, in ein helleres Licht getreten sein. Zunächst nämlich ergibt sich daraus die Berechtigung und Nothwendigkeit derselben. So

lange in der Geschichte das Gesetz besteht, daß das Allgemeine nicht in allgemeiner, sondern in beschränkter Form zur Welt kommt, wird auch das Bedürfniß der analogen Ausdehnung bestehen; die Natur selbst macht hier eine mäeutische Hülfsleistung des Juristen nothwendig. Es ergibt sich ferner hieraus die Möglichkeit einer genaueren Bestimmung des Begriffs und damit der Gesetze der analogen Ausdehnung. Der Begriff läßt sich dahin bestimmen, daß diese Operation nichts ist als die Ablösung des seiner Natur und Bestimmung nach Allgemeinen von seiner localen historischen Erscheinungsform. Sie beruht also auf einer Analyse des historisch zur Einheit eines Instituts vereinigten Rechtsstoffes, und zwar besteht die Aufgabe darin, diejenigen Bestandtheile (Rechtssätze), welche lediglich aus dem eigenthümlichen Zweck und Begriff dieses Instituts fließen, rein der Species angehören (absolut-locale Bestandtheile), von denjenigen zu trennen, welche nur in und an diesem Institut zur Erscheinung gekommen, ihrem Wesen nach aber abstracter Art sind (historisch-locale). Der Gedanke, welcher der act. exercit. und instit., der publiciana, der redhibit. und quanti minoris zu Grunde lag, war ein allgemeiner, und als die Juristen diese Klagen auf andere analoge Verhältnisse erstreckten, dehnten sie denselben nicht sowohl aus, als daß sie ihn in seiner wahren Gestalt erkannten und ihn von seiner zu engen historischen Ausdrucksform befreiten. Die Jurisprudenz überhebt sich hierbei nicht, sie greift nicht in die Rechte des Gesetzgebers ein, sie schafft nicht, sondern sie übt nur eine höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens. Allerdings erfordert diese Operation eine größere Geschicklichkeit der Abstraction und ein feineres Unterscheidungsvermögen als die gewöhnliche Interpretation, und Mißgriffe sind hier nach beiden Seiten möglich, nämlich sowohl daß zu viel als daß zu wenig gethan wird d. h. daß man fälschlich die wesentlich-localen Bestandtheile für abstracte und umgekehrt die abstracten für wesentlich-locale erklärt. Was den ersten Mißgriff anbetrifft, so ist er

wenigstens regelmäßig[496]) kaum zu befürchten, schon darum weil es bequemer und sicherer ist, bei dem unmittelbaren Inhalt des Gesetzes stehen zu bleiben. Was den zweiten anlangt, so ist er nicht bloß verzeihlich, sondern, wie bereits bemerkt, historisch-nothwendig; so wenig wie der Gesetzgeber sich einen neuen Gedanken sofort in seiner ganzen Allgemeinheit denken kann, ebenso wenig auch die Jurisprudenz. Auch für sie gehört erst eine längere Zeit der Gewöhnung dazu, bis sie ihn in seiner abstracten Allgemeinheit zu denken lernt und den Muth gewinnt, ihm dieselbe auch praktisch zu vindiciren. Das gilt nicht bloß für die niederen Stufen der Jurisprudenz, sondern eben sowohl für uns trotz aller unserer Bildung und philosophischen Auffassung, denn auch unsere Erkenntniß steht unter dem Gesetz des Werdens. Die analoge Ausdehnung ist daher in der Regel nicht die That eines Individuums, sondern das Werk eines Jahrhunderts, das Resultat eines langsamen Umschwungs in der Anschauung. Darin liegt die sicherste Garantie gegen eine Uebereilung bei derselben; wenn ihre Zeit noch nicht gekommen, so findet sie kein Verständniß und keine Billigung; ist letzteres der Fall, so darf man des ersteren sicher sein.

Die Ausführung der letzten Seiten knüpfte an den obigen Gegensatz der localisirenden und abstracten Rechtsproduction an, auf letztere aber führte uns der Nachweis der Möglichkeit einer Zersetzung des Rechtsstoffs. Wir kehren jetzt zu unserm ursprünglichen Ausgangspunkt, der Verwirklichung der Idee des Alphabets im Recht, zurück.

---

496) Bei der späteren Form der römischen Rechtsbildung durch kaiserliche Rescripte war die Gefahr einer ungehörigen Generalisirung d. h. einer Ausdehnung rein individueller, lediglich für den concreten Fall bestimmter Entscheidungen (constitutiones personales) allerdings ungleich größer, aber nicht die Jurisprudenz verschuldete sie, sondern die Willkühr, mit der die Kaiser das Recht als Gnadensache behandelten. In dem Verbot einer analogen Benutzung ihrer Rescripte sprachen sie sich selbst das Urtheil.

Nehmen wir an, daß die Zerſetzung des Rechtsſtoffs in der angegebenen Weiſe vollkommen gelungen iſt, ſo ſtellt ſich das Recht dar als eine Summe von einfachen, nicht weiter aufzulöſenden Elementen, die wie die Buchſtaben ſich zu zuſammengeſetzten Einheiten vereinigen können und uns wie ſie in Stand ſetzen, alle, auch die complicirteſten und ungewöhnlichſten Combinationen des Lebens zu entziffern. Wir wollen dieſe Beſchaffenheit, Brauchbarkeit und Benutzung dieſes Rechtsalphabets unter beſtändigem Hinblick auf das der Sprache etwas näher erläutern.

Daſſelbe beſteht aus Beſtandtheilen doppelter Art, aus Begriffen und Rechtsſätzen von localer und von abſtracter Anwendbarkeit. Erſtere laſſen ſich, da ſie als ſolche im Leben ohne weitern Zuſatz vorkommen können, auch als *ſelbſtändige* oder *concrete* Rechtskörper bezeichnen. Beiſpiele gewähren der Kaufcontract, die Weggerechtigkeit, das Teſtament. Die abſtracten hingegen gelangen nie für ſich allein zur Erſcheinung, ſo wenig wie eine Eigenſchaft, ſondern immer nur in und an ſelbſtändigen Körpern. Beiſpiele gewähren der Irrthum, die Nichtigkeit, die Mora. Ein Irrthum als ſolcher d. h. unabhängig von einem concreten Rechtsverhältniß, eine Mora als ſolche d. h. ohne Beziehung auf eine beſtehende Obligation iſt ein praktiſches Unding, beide müſſen ſich mit ſelbſtändigen Körpern verbinden. Wenn wir den Vergleich mit den Buchſtaben hierauf ausdehnen wollen, was aber in anderer Beziehung leicht irre führen kann, ſo können wir die abſtracten die Conſonanten, die concreten die Vocale nennen. Hiermit hängt ein anderer Unterſchied derſelben zuſammen. Die abſtracten Elemente nämlich haben eine ungleich größere Anwendbarkeit, weil ſie nicht an ein einzelnes Verhältniß gebunden ſind; der Irrthum z. B. kann bei einem Contract, einer Tradition, einer Zahlung, einem Legat u. ſ. w. vorkommen. Die ſelbſtändigen hingegen betreffen immer nur ein ganz ſpecielles Verhältniß, ſie ſind räumlich ungleich beſchränkter. Obgleich ſie nun inſofern ſich weniger mit Buchſtaben, als etwa mit Zeichen

für ein ganzes Wort, stereotypirten Wörtern, vergleichen ließen, so üben doch auch sie die wesentliche Function der Buchstaben aus d. h. sie können sich nicht bloß mit den abstracten, sondern auch unter sich zu einem zusammengesetzten Rechtsverhältniß verbinden, die oben genannten (Testament, Weggerechtigkeit, Verkauf) also z. B. in der Weise, daß ein Testator seinem Erben auferlegt, dem Nachbar gegen Zahlung einer gewissen Summe eine Weggerechtigkeit zu verkaufen. [497]) Auch bei ihnen also realisirt sich die Idee des Alphabets d. h. die Bildung des Zusammengesetzten aus einfachen Elementen, auch bei ihnen müssen wir, um das Verhältniß zu entscheiden, lesen d. h. es in diese einfachen Bestandtheile auflösen.

Vergleichen wir nun unser Rechtsalphabet mit dem der Sprache, so steht es zunächst darin hinter letzterem weit zurück, daß die Buchstaben desselben theilweise eine ungleich beschränktere Anwendbarkeit besitzen als die der Sprache. Mit letzteren lassen sich in dieser Beziehung nur unsere abstracten Elemente des Rechts in Parallele bringen. Schon aus diesem Grunde muß die Zahl der Buchstaben dort ungleich größer sein als hier, es gesellen sich aber noch andere Gründe hinzu, namentlich der, daß das Alphabet des Rechts ungleich genauer und exacter ist und sein muß als das der Sprache. Wenn letzteres mit so außerordentlich wenig Zeichen ausreicht, so beruht das zum großen Theil auf der Ungenauigkeit, mit der die Sprachlaute wiedergegeben werden. Wie viele Zeichen wären erforderlich, wenn all die feinen Schattirungen und Nüancen namentlich in der Aussprache der Vocale angedeutet werden sollten! Die Schrift gewährt nur eine sehr rohe Reproduction der Sprache, genügend für den, der die Aussprache kennt, für den aber, der letztere darnach lernen wollte, durchaus unzureichend. Rücksichtlich des Rechts gilt für die niedersten Stufen allerdings ganz dasselbe (Bd. 1 S. 28—32), das geschriebene Recht gewährt auch hier nur einen sehr ungenauen

497) L. 44 i. f. de solut. (46. 3) . . damnatus, ut venderet.

Anhaltspunkt für das Sprechen des Rechts, allein ich brauche kaum zu bemerken, daß die möglichſte Congruenz zwiſchen dem Schreiben oder Setzen des Rechts und dem Recht-Sprechen gerade eins der Ziele aller Entwicklung des Rechts bildet. Soll Recht geſprochen werden, wie es geſchrieben iſt, ſo muß es auch geſchrieben werden, wie geſprochen werden ſoll. Für die Sprache hat jene möglichſte Congruenz, wenigſtens was den Inländer anbetrifft, keine praktiſche Bedeutung, für das Recht die äußerſte. Darum alſo kann die Sprache ungenau, das Recht aber nicht exact genug verfahren, und ſo erklärt es ſich, daß erſtere mit einer kleinen Zahl von Buchſtaben ausreicht, während letzteres eine große Zahl nöthig hat.

Aus dieſer Verſchiedenheit beider rückſichtlich des Maßes der von ihnen beiden angewandten Genauigkeit ergibt ſich ein fernerer Unterſchied zwiſchen ihnen. Während nämlich das Alphabet der Sprache vollkommen abgeſchloſſen iſt und mithin trotz aller Umwandlung der Sprache daſſelbe geblieben iſt und bleiben wird, da es eben die feineren Nüancen in der Ausſprache nicht wiedergibt; während daſſelbe ferner ſich nicht auf eine einzelne Sprache beſchränkt, ſondern für ganze Sprachfamilien im weſentlichen daſſelbe iſt, kann das des Rechts auf eine gleiche von Zeit und Ort, von der Geſchichte und Nationalität unabhängige Geltung keinen Anſpruch machen. Man könnte mir einwenden, daß es doch auch im Recht Grundbegriffe von abſoluter Wahrheit gebe, ſeien es auch nur juriſtiſch-logiſche Kategorieen, oder rein formale Begriffe wie z. B. der Begriff der juriſtiſchen Unmöglichkeit, der Gegenſatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, des Rechts und der Ausübung, des Irrthums im Object und in den Beweggründen u. ſ. w., und daß dieſelben daher, bei welchem Volk ſie immerhin zuerſt entdeckt und ausgebildet worden ſeien, dennoch nicht dem Rechtsalphabet dieſes Volks angehörten, ſondern einem ſupernationalen, univerſellen, abſoluten. Allein ſo ſehr ich die abſolute Wahrheit dieſer Begriffe und damit die Möglichkeit eines univerſellen Rechtsalphabets zugebe, ſo darf

man doch nicht außer Acht lassen, daß dieselben rein formaler Art sind, und daß wir es mittelst ihrer mithin nicht über eine formale juristische Logik (deren hohen didaktischen Werth ich übrigens nicht bestreiten will) hinaus bringen würden. Die praktische Gestaltung, die substantielle Ausfüllung derselben würde immer noch eine Sache des positiven Rechts bleiben. So ist z. B. jener Unterschied rücksichtlich des Irrthums ein begrifflich nothwendiger und ganz geeignet die juristische Denkfähigkeit zu üben, allein ob dem Irrthum überall eine praktische Beachtung zu Theil werden und, wenn dies, ob sie bloß dem Irrthum in dem Object oder auch dem Irrthum in den Motiven geschenkt werden soll, das ist Sache positiver Rechtssatzung, und wenn letztere die erstere Frage verneint oder das zweite Glied der zweiten Frage bejaht, so ist der Unterschied selbst für dieses Recht nicht vorhanden, weil nicht praktisch. So war z. B. der Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im ältern Recht gar nicht vorhanden, da dasselbe die Ungültigkeit ausschließlich in der Form der Nichtigkeit vermittelte. Es steht also mit jenen Begriffen so, daß das Absolute daran etwas rein Formales, das Praktische daran etwas rein Positives ist. Allerdings kann diese positiv-praktische Gestaltung eine so verständige, zweckmäßige sein, daß man ihr da, wo sie einmal gilt, gern eine ewige Dauer und selbst eine universelle Verbreitung prognosticiren möchte, allein nichts desto weniger müssen wir sie doch als etwas Positives und mithin dem Wechsel der Ansichten und Dinge Unterliegendes bezeichnen.

Unser praktisches Rechtsalphabet ist daher etwas Positives, Historisches, und die Geschichte eines jeden Rechts bestätigt dies. Es ändern sich nicht bloß die Rechtssätze, sondern mit ihnen auch die Begriffe und Institute, und es ändert sich nicht bloß die Beschaffenheit und Bedeutung unserer vorhandenen Rechts-Buchstaben, sondern die Zeit bringt uns völlig neue und streicht die alten aus. Wie sehr aber dennoch ein einzelnes Rechtsalphabet bei aller seiner Positivität den Einflüssen von Zeit und Ort zu trotzen vermag, davon gibt uns das römische ein

ſchlagendes Beiſpiel. Die praktiſche Geſtaltung des Eigenthums, der Servitut, Obligation u. ſ. w. im römiſchen Recht und mithin auch die begriffliche Conſtruction des Stoffs von Seiten der römiſchen Juriſten iſt römiſch, wie ſehr man auch in der Verehrung vor dem römiſchen Recht ſich oft dagegen verſchloſſen und in erklärlicher Selbſttäuſchung ſich das Römiſche als das Abſolute zu deduciren verſucht hat. Aber wie lang hat dies Römiſche vorgehalten! Die aufgeführten Begriffe gelten heutzutage im weſentlichen faſt ebenſo, wie vor anderthalb Jahrtauſenden, und, was mehr iſt, das römiſche Recht bietet uns ſelbſt für Verhältniſſe und Fragen, die erſt die moderne Welt gebracht hat, vielfach völlig ausreichende Entſcheidungsnormen. Erklärlich genug, daß der Glaube an den abſoluten Charakter des römiſchen Rechts, jene Idealiſirung deſſelben zu einer ratio scripta, einer geoffenbarten Vernunft in Dingen des Rechts, ſchon ſo früh Wurzel ſchlagen und ſich bei einzelnen Schwärmern ſelbſt bis auf den heutigen Tag erhalten konnte!

Daß nun trotz der angegebenen Verſchiedenheiten zwiſchen dem Rechts- und Sprach-Alphabet erſteres dennoch den Namen eines Alphabets verdient, bedarf wohl keiner Bemerkung. Will man es einen Vergleich nennen, ſo gibt es wenigſtens keinen, der treffender wäre und geeigneter, dem Unkundigen das Weſen und Walten der analytiſchen Kraft im Recht mit Einem Worte zu veranſchaulichen. So einfach und natürlich aber ſelbſt einem Laien die Sache mittelſt dieſes Vergleichs erſcheinen wird, ſo kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß im Grunde der Laie für jene Methode der Zerſetzung, die ihm bei der von mir gewählten Einkleidung ſo natürlich erſcheint, von vornherein nicht bloß kein Verſtändniß beſitzt, ſondern ſich zu ihr entſchieden antipathiſch verhält. Denn jene Methode iſt die reine Negation ſeiner eignen Anſchauungs- und Gefühlsweiſe, ſie iſt berechnet darauf, der Herrſchaft des Rechtsgefühls ein Ende zu machen. Das Charakteriſtiſche der Auffaſſungsweiſe des Laien, möge es ſich um das abſtracte Recht oder um die Beurtheilung eines einzelnen Rechts-

verhältnisses handeln, besteht in dem Nicht-Scheiden, oder positiv ausgedrückt in der Hingabe an den Totaleindruck.[498]) Alle jene einzelnen Elemente, Seiten, Beziehungen eines Rechtsinstituts oder Rechtsfalles, die sich dem juristischen Auge als einzelne darstellen, fließen für ihn zusammen, und die Gesammtwirkung, die der Gegenstand auf sein Gefühl ausübt, der Totaleindruck dieses Bildes ist es, der sein Urtheil bestimmt. Der Laie wird es unbegreiflich finden, daß der Jurist ein Institut des Lebens, in dem er, der Laie, Ein organisches Ganze erblickt, und das ihm jedenfalls als eine gegebene Thatsache des Lebens eines weiteren Suchens nicht mehr bedürftig erscheint, mühsam in einzelne Atome auflöst und es sodann erst aus ihnen wieder zusammensetzt. Wenn ein Kläger, der einen durchaus begründeten Anspruch hat, eine unvortheilhafte Wahl der Klage trifft z. B. statt der act. in pers. eine act. in rem, so prüft der Richter lediglich, ob die Voraussetzungen dieser Klage vorhanden sind, und weist mithin im Verneinungsfall den Kläger mit dieser Klage ab, ungeachtet aus den Verhandlungen sich ergibt, daß der Anspruch des Klägers, wenn er mit einer andern Klage geltend gemacht werden sollte, durchaus begründet ist. Dies wird dem Laien höchst anstößig erscheinen, und doch ist es nichts als eine einfache Scheidung der Gesichtspunkte und eine Beschränkung auf denjenigen, den der Kläger selbst für die Beurtheilung des Falles als maßgebend erklärt hat.

Wie wenig das Wesen der zersetzenden Methode zur Zeit noch von Seiten der Wissenschaft begriffen ist, hat sich namentlich

---

498) Der Gegensatz der Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses nach Weise des Juristen und Laien ist schon von Tryphonin in der L. 31 §. 1 Depos. (16. 3) ausgesprochen. Er unterscheidet hier 1. si per se dantem accipientemque intuemur (wenn wir die verschiedenen Verhältnisse zwischen den zwei Gebern und Empfängern unterscheiden), haec est bona fides etc., 2. si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur (wenn wir das Gesammtverhältniß und das schließliche Endresultat ins Auge fassen).

in dem Streit über den Gegenſatz des römiſchen und deutſchen Rechts kundgegeben. Zwei heutige Rechtsphiloſophen[499]) haben den Mangel des römiſchen Rechts darin zu finden geglaubt, daß es demſelben an „Organismen, organiſchen Geſtaltungen, einem poſitiven Prinzip organiſcher Geſtaltung“ u. ſ. w. gefehlt habe. Worauf aber beruht dieſe Behauptung? So lange die juriſtiſch-zerſetzende Kraft ſich an einem Rechtsinſtitut noch nicht bethätigt hat, macht uns daſſelbe nothwendig den Eindruck eines „Organismus;“ alles greift in ſchönſter Weiſe in einander, rechtliche und ethiſche Momente, Form und Inhalt, dingliches und obligatoriſches Element u. ſ. w. So wie aber die Jurisprudenz ſich des Inſtituts bemächtigt und ihre Pflicht und Schuldigkeit daran thut, iſt es, ohne daß ſich an dem realen, praktiſchen Beſtande deſſelben das Geringſte änderte, um jenes poetiſche „Verwachſenſein,“ „Sich-organiſch-Durchdringen“ u. ſ. w. geſchehen; die ſchöne Blume iſt dahin, und wir haben ſtatt deſſen Stickſtoff, Sauerſtoff u. ſ. w. Das eine Element des Inſtituts gelangt im Syſtem hierhin, das andere dorthin.[500]) Wenn nun das deutſche Recht uns Organismen, das römiſche aber Atome oder Elemente bietet, ſo iſt das nicht ſowohl eine Verſchiedenheit der beiden Rechte — oder ſollte etwa z. B. die Vormundſchaft im römiſchen Leben weniger eine „organiſche Einheit“ geweſen ſein, als bei uns? — ſondern eine Verſchiedenheit der wiſſenſchaftlichen

499) Stahl in der als Anhang zum zweiten Bande ſeiner Rechtsphiloſophie aufgenommenen Abh. über den Werth des röm. Privatrechts (Aufl. 2 S. 400) und Röder, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. germ. Rechts, Leipzig 1855.

500) z. B. beim Pfandrecht das dingliche ins Sachenrecht, das obligatoriſche, der contractus pigneratitius ins Obligationenrecht. So muß man die einzelnen Elemente der Vormundſchaft aus den verſchiedenſten Theilen des Syſtems zuſammenſuchen: die Handlungsfähigkeit der bevormundeten Perſonen und den Begriff und die Arten der Stellvertretung im allgemeinen Theil, das Pfandrecht am Vermögen des Vormunds im Pfandrecht, die reiv. util. gegen ihn beim Eigenthum, das obligatoriſche Verhältniß im Obligationenrecht oder Familienrecht.

Behandlung beider. Die positive Jurisprudenz statuirt keine Organismen, so wenig wie die organische Chemie — sie löst sie auf.

Dem obigen Vorwurf gegen das römische Recht scheint die Idee zu Grunde zu liegen, als ob jene Rechtsatomistik nicht eine bloß juristische, sondern eine reale gewesen, als ob der römische Geist eine Abneigung gegen alles Zusammengesetzte, Gemischte, oder was man sonst unter organisch versteht, gehabt habe.[501] Allein die zersetzende Kraft des römischen Geistes zersetzte doch nicht die Dinge, sondern nur die Begriffe, und nicht um das praktische Bestehen von Organismen zu verhindern, sondern um dasselbe zu sichern.

2. Die logische Concentration.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme.

> Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consultorum libri. Cic. de leg. II. 19.

XL. Die gegenwärtige Operation verfolgt, wie oben bemerkt ward, denselben Zweck, wie die vorhergehende, aber auf gerade entgegengesetztem Wege, statt durch Zersetzen durch Verbinden und Zusammendrängen. Sie ist keine specifisch juristische Operation, sondern die allgemein logische der Abstraction eines Princips aus gegebenen Einzelnheiten, die Substituirung einer andern, intensiveren logischen Ausdrucksform.

Wir können die Aufgabe in etwas anderer Weise auch so

---

501) Als praktische Moral, die ich mir erlauben möchte aus jenem Irrthum zu ziehen, stehe hier die Bemerkung, die ich namentlich allen Rechtsphilosophen, welche keine Juristen sind, dedicirt haben will: daß selbst eine rein ethische Würdigung eines bestimmten Rechts nicht möglich ist ohne Kenntniß der Technik.

faſſen: es handelt ſich hier um die Zuſammendrängung des äußern Volumens einer Maſſe Rechtsſtoff, die das poſitive Recht für irgend ein beſtimmtes Rechtsverhältniß producirt hat. Dies Volumen beſtimmt ſich nicht bloß oder auch nur vorzugsweiſe nach der Wichtigkeit des Verhältniſſes, nach der Menge von Fragen, die bei demſelben zu beantworten ſind, kurz nach einem objectiven Moment, ſondern eben ſowohl nach dem rein ſubjectiven Moment der Geſchicklichkeit des Antwortenden. Wer es verſteht, richtet mit Einem Wort ebenſo viel aus als ein Anderer mit hundert.

Kürze iſt eine der unſchätzbarſten Eigenſchaften des Geſetzgebers. Die Kürze liegt aber nicht in der kleinen Zahl der Worte, die das Geſetz zählt, ſondern in der Tragweite derſelben, in der Fruchtbarkeit des aufgeſtellten Princips. Wir können uns denken, daß daſſelbe Verhältniß, zu deſſen legislativer Geſtaltung dieſes Geſetz eine Menge einzelner, auf keinem Princip beruhender Beſtimmungen erlaſſen hat (caſuiſtiſche Geſtaltung) in einem andern Geſetzbuch mittelſt eines einzigen Princips ganz erſchöpfend normirt iſt (principielle Geſtaltung). Bei jener erſten Art iſt der Jurisprudenz die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs nicht gegeben;[502]) Einzelnheiten, die keinem Princip entſtammen, laſſen ſich auch nicht auf ein ſolches zurückführen. Ebenſo wenig aber würde ihr dieſe Möglichkeit geboten ſein, wenn der Geſetzgeber ſelbſt das Princip bereits in ſeiner ganzen Schärfe und Beſtimmtheit ausgeſprochen hätte; es iſt jedoch dafür geſorgt, daß es der Jurisprudenz in dieſer Beziehung nicht an Arbeit fehlt.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des geſetzlichen Stoffs durch die Jurisprudenz ſetzt voraus, daß der Geſetzgeber ein Prin-

---

502) Daſſelbe gilt, wenn der Geſetzgeber uns ausnahmsweiſe die Abſtraction eines Princips da, wo ſie an ſich möglich wäre, ausdrücklich verboten hat, wie dies z. B. Juſtinian bei den Enterbungsgründen der Nov. 115 gethan hat.

cip gehabt und angewandt hat, ohne dasselbe als solches unmittelbar erkannt oder ausgesprochen zu haben. Die Geschichte lehrt uns, daß dies nicht bloß nichts seltenes, sondern sogar der gewöhnliche Fall ist, und um so weniger kann dies bei dem Gesetzgeber befremden, als ja auch die Wissenschaft darin nur zu oft das Schicksal desselben theilt; auch bei ihr ist das Gefühl oft um Jahrhunderte der Erkenntniß voraus. So wird es möglich, daß ein Princip, bevor es in seiner wahren Gestalt erkannt und ausgesprochen wird, oft bereits die längste Zeit bestanden, ja vielleicht zu bestehen aufgehört hat.

Die einzelnen Rechtssätze, in denen der Gesetzgeber unbewußt ein Princip zur Anwendung bringt, verhalten sich zu letzterem, wie einzelne Punkte in der Kreislinie zum Centrum. Das Princip ist der Punkt, den der Gesetzgeber sucht, aber so lange es ihm noch nicht gelungen sich seiner zu bemächtigen, ist er gezwungen, ihn zu umkreisen, ihn mittelst einzelner casuistischen Bestimmungen mehr und mehr einzuschließen. Ebenso wie er, irrt auch die Wissenschaft in der Peripherie herum, bevor sie das Centrum gefunden hat; je weiter sie vom Centrum entfernt ist, je länger ist der Weg, den sie zurücklegt d. h. desto breiter, complicirter die Darstellung des betreffenden Gegenstandes. Mit jedem Schritt, um den sie sich dem Centrum nähert, wird der Kreis enger, der Weg kürzer d. h. nimmt die Zahl ihrer Lehrsätze ab, der Gehalt zu, bis sie im Centrum selber die ganze Masse des Stoffs mit einem Princip beherrscht.

Aber nicht bloß die Concentrirung des bereits vorhandenen Stoffs ist es, was die schließliche Auffindung des Princips für die Wissenschaft so wichtig macht, sondern es gesellt sich noch der Vortheil hinzu, daß in dem gefundenen und erkannten Princip zugleich eine Quelle neuer Rechtssätze d. h. aller in ihm enthaltenen Consequenzen erschlossen wird. Denn zur vollen Entfaltung seiner logischen Kraft, dem Hervortreiben seines ganzen Inhalts in Form der einzelnen Consequenzen gelangt jeder Gedanke erst, wenn er in seiner wahren Gestalt erkannt und erfaßt worden ist.

Der von uns gewählte Vergleich der Abstraction des Princips mit der Auffindung des Centrums bei gegebener Peripherie könnte leicht zum Glauben verleiten, als sei diese Operation eine höchst einfache. Allein, wenn ich im Bilde bleiben soll, so ist zunächst die Peripherie von Rechtssätzen, mit denen der Gesetzgeber das Princip eingeschlossen, keineswegs immer eine regelmäßige, es kommen vielmehr Abweichungen vor, die uns auf eine falsche Bahn locken können, und sodann tragen die einzelnen Rechtssätze, selbst wenn sie in der That einem einzigen Princip entstammen, nicht immer ihre Abstammung und Verwandtschaft offen zur Schau, ja sie können umgekehrt einer unbefangenen Betrachtung so heterogen erscheinen, daß der Gedanke an ihre Zusammengehörigkeit gar keinen Raum findet. Was hat z. B. die hereditatis petitio mit den possessorischen Interdicten zu thun? Und doch beruhen beide auf einer und derselben Idee.[502a]) Für die Ersitzung gilt die Regel, daß sie schon mit dem Anfang, für die Verjährung, daß sie erst mit dem Ende des letzten Tages beendet ist. Scheinbar zwei ganz verschiedene Regeln, in Wirklichkeit aber nur Ausflüsse eines und desselben Gedankens.

Die meisten Schwierigkeiten aber dürfte die Aufgabe in dem Fall haben, wenn der Gesetzgeber das Princip theilweise beachtet, theilweise verlassen hat. Von vornherein wissen wir nicht, ob dies geschehen, werden wir also auch hier zunächst versuchen, das gesammte Material auf ein einziges Princip zurückzuführen. Aber gesetzt, wir sind zu der Ueberzeugung gelangt, daß dies unmöglich, daß sich hier vielmehr zwei Gedanken kreuzen oder bekämpfen, daß der eine die Regel, der andere die Ausnahme in sich schließe: was ist Regel, was ist Ausnahme, und ist überhaupt noch an Eine Regel zu denken, oder ist das Ganze nicht vielmehr völlig zwiespältig?

Es ist auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß eine Bestimmung sich fälschlich als Ausnahme gibt, die es in der That

---

502a) S. meine Abh. in den Jahrb. für Dogmatik B. 9 S. 72.

nicht ist, sich vielmehr durch eine richtigere Fassung des Princips beseitigen läßt.[502b]) Ja es ist sogar nicht ungewöhnlich, daß ein Rechtssatz *historisch* d. h. dem *bisherigen* Recht gegenüber eine *wirkliche* Ausnahme begründet, während doch im Grunde mit dieser Ausnahme nur das bisherige Princip modificirt worden ist, so daß es also nur einer andern Fassung desselben bedarf, um den Gegensatz der Regel und Ausnahme darin aufgehen zu lassen. So enthält z. B. in meinen Augen die Zulassung des Besitzes bei Kindern, Wahnsinnigen und juristischen Personen Seitens der römischen Jurisprudenz unter der scheinbaren Form einer Ausnahme von einer der obersten Regeln des Besitzes in Wirklichkeit nur den Durchbruch der vollen und wahren Besitzidee.[502c]) *Die Ausnahme ist häufig nur die Form in der die Regel selbst sich erweitert, vervollkommnet.* In diesem Fall verlockt uns die Geschichte selber zum Irrthum. Jahrhunderte lang figurirt als Regel und Ausnahme, was in der That gemeinschaftlich unter ein und dasselbe höhere Princip fällt. Das Darlehn erforderte ursprünglich, daß der Schuldner unmittelbar vom Gläubiger das Eigenthum erwarb.[503]) Als nun die Praxis in mehreren Punkten diesen Satz verlassen hatte, erschien diese Abweichung der alten Regel gegenüber als Ausnahme, und als solche erkannten auch die späteren römischen Juristen sie an.[504]) Allein hinter der Ausnahme versteckte sich nur eine Erweiterung des Begriffs oder Princips des Darlehns selber, nämlich die: daß das Darlehn nicht mehr den Uebergang des *Eigenthums* von

---

502b) Als Beispiel diene die symbolische Tradition des österreichischen Gesetzbuchs, welche sich selber als Ausnahme von den Grundsätzen der regulären Tradition bezeichnet, in Wahrheit aber nur eine Anwendung des richtig erfaßten Traditionsbegriffs ist. S. *Exner*, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. u. gemeinem Recht, Wien 1867, S. 213.

502c) S. die citirte Abh. S. 73, 133—135.

503) L. 34 pr. Mand. (17. 1) . . nummi, qui mei erant, tui fiunt.

504) L. 15 de R. Cr. (12. 1) *Singularia quaedam recepta sunt etc.*

dem Einen auf den Andern, sondern den (also auch mittelbaren d. h. durch Eigenthumsübertragung von Seiten eines Dritten vermittelten) Uebergang von einem Vermögen in ein anderes Vermögen (Verringerung des einen und Vermehrung des andern dem Werth nach) zur Voraussetzung hat. Ein anderes Beispiel gewährt die Vermögensfähigkeit der Hauskinder gegenüber der patria potestas. Sie fiel historisch unter den Gesichtspunkt einer Ausnahme; der erste Fall derselben (peculium castrense) enthielt eine so bedeutende Abweichung vom bestehenden Recht, wie kaum ein anderes Beispiel zu finden sein dürfte. Im justinianeischen Recht aber ist die Ausnahme Regel und die Regel Ausnahme geworden, und das dogmatische Resultat läßt sich hier in das Princip fassen: die Kinder sind vermögensfähig und mit Ausnahme des Vaters allen Personen gegenüber erwerbsfähig.

3. Die juristische Construction.

Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode.

XLI. Unsere heutige Jurisprudenz hat zwei Lieblingsausdrücke — beide erst seit etwa einem Menschenalter aufgebracht, aber dann schnell in Gebrauch gekommen, beide für sie gleich charakteristisch, der eine für ihre Richtung in der Rechtsgeschichte, der andere für ihre Richtung in der Dogmatik — die Ausdrücke organische Rechtsentwicklung und juristische Construction. Der ganze Umschwung, der in unserer Wissenschaft seit den letzten fünfzig Jahren eingetreten, läßt sich mit diesen beiden Worten angeben; sie dürfen die Losungsworte der Jurisprudenz des neunzehnten Jahrhunderts genannt werden.

Es geht aber mit diesen Losungsworten wie mit so vielen anderen, Jeder gebraucht sie, ohne sich über den damit zu verbin-

denden Sinn genaue Rechenschaft zu geben, und hinsichtlich desjenigen dieser beiden Begriffe, der uns hier allein interessirt, der juristischen Construction, ist dies auch kaum anders möglich, da die Wissenschaft meines Wissens bisher noch nicht einmal den Versuch gemacht hat, denselben annähernd zu bestimmen, geschweige eine Theorie der juristischen Construction aufzustellen. Ich meinerseits kann mich dieses Versuchs nicht überheben, da er uns die nöthigen Vorkenntnisse zum Verständniß der römischen Jurisprudenz verschaffen muß, so sehr ich es andererseits bedauere, daß ich bei dem gänzlichen Mangel aller Vorarbeiten mich länger bei diesem Punkt verweilen muß als mir lieb ist. Es schiene nun am natürlichsten, zunächst festzustellen, was der Sprachgebrauch unter diesem Ausdruck versteht. Ich werde jedoch einen andern Weg einschlagen, bei dem wir die juristische Construction vorläufig aus den Augen verlieren, um erst späterhin zu ihr zurückzukehren. Der Weg wird sich hinterher von selbst rechtfertigen.

Die höhere Jurisprudenz

oder

die naturhistorische Methode.

Die regelmäßige Form, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, ist die eines Verbots oder Gebots, kurz einer Vorschrift, Regel. Dieselbe charakterisirt sich als die unmittelbar praktische d. h. imperativische Form des Rechts. Ob das Imperativische im Ausdruck selbst liegt, ist gleichgültig, es liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzes hat das „Ist" die Bedeutung des „Seinsollens" (z. B. die Klage ist verjährt mit 2 Jahren = soll verjährt sein). Diese Erscheinungsform des Rechts nenne ich die niedere. Man könnte sie auch, da Form und Inhalt sich hier noch decken, die natürliche, naive nennen. Sie ist historisch die erste, frühere, aber eben darum auch die unvollkommenere.

So lange nun die Jurisprudenz dem Stoffe dieſe ſeine Geſtalt läßt, ihn alſo durch die Behandlung, die ſie ihm zu Theil werden läßt, nicht innerlich umgeſtaltet, ſpecificirt, paßt das Prädicat „nieder" auch auf ſie, und ich ſcheide demgemäß wie zwiſchen niederer und höherer Erſcheinungsform des Rechts, ſo auch zwiſchen niederer und höherer Jurisprudenz.

Die Thätigkeit der niederen Jurisprudenz läßt ſich mit einem Wort als Interpretiren bezeichnen. Die Aufgabe der Interpretation beſteht darin, den Stoff aus- (auseinander) zu legen, die ſcheinbaren Widerſprüche zu beſeitigen, die Dunkelheiten, Unbeſtimmtheiten zu heben, den ganzen Inhalt des geſetzgeberiſchen Willens zu Tage zu fördern, namentlich alſo auch aus den gegebenen einzelnen Beſtimmungen das ihnen zu Grunde liegende Princip und umgekehrt aus dem gegebenen Princip die Conſequenzen abzuleiten. Die Interpretation iſt keine ſpecifiſch juriſtiſche Operation — jede Wiſſenſchaft, deren Quellen Urkunden ſind, hat zu interpretiren — und darum gewinnt auch der Stoff ſelbſt durch dieſe Operation keinen eigenthümlich juriſtiſchen Charakter. Was immerhin die Jurisprudenz auf dieſe Weiſe zu Tage fördern möge: es iſt nichts ſpecifiſch Anderes, Neues, ſondern immer die urſprüngliche Rechtsſubſtanz d. h. ein Aggregat von engeren oder weiteren Regeln.

Mit der Interpretation hat nun nicht bloß überall die Jurisprudenz begonnen, ſondern zu jeder Zeit muß ſie die erſte Operation ſein, welche die Jurisprudenz an dem geſetzlichen Rohſtoff vornimmt. Um zu conſtruiren, muß ſie erſt interpretiren; die niedere Jurisprudenz iſt die nothwendige Vorſtufe der höheren.

Aber ſie iſt eben auch nur eine Vorſtufe, und die Jurisprudenz ſoll nicht länger auf ihr verweilen als nöthig. Erſt auf der höheren Stufe erreicht ſie ihre wahre Beſtimmung, erſt hier wird ihre Aufgabe und Methode eine ſpecifiſch juriſtiſche, und erſt hier

gewinnt sie ihren eigenthümlichen wissenschaftlichen Charakter, der sie von allen andern Wissenschaften unterscheidet.

Die Gränzlinie zwischen der niederen und höheren Jurisprudenz läßt sich, wenn auch nicht im einzelnen Fall, so doch im Begriff ganz scharf angeben. Sie hängt zusammen mit einer eigenthümlichen Anschauungsweise des Rechts, welche ich die naturhistorische nennen möchte. Aber nicht sowohl mit dem bloßen unthätigen Besitz derselben, als mit ihrer energischen und consequenten Verwirklichung am Rechtsstoff. Ob jene Anschauungsweise eine künstliche oder natürliche, eine nahe oder fernliegende ist, darüber will ich nicht rechten. Will man sie zu derjenigen, durch welche sich die niedere Jurisprudenz bei der Bearbeitung des Stoffs leiten läßt, mit zwei Worten in Gegensatz stellen, so sind es die Worte: Rechtsinstitut, Rechtsbegriff auf der einen und Rechtssätze, Rechtsprincipien auf der andern Seite. Das Rechtsinstitut ist kein bloßes Conglomerat von einzelnen Rechtssätzen, die sich auf dasselbe Verhältniß beziehen, sondern etwas wesentlich von ihnen Verschiedenes. Die Rechtssätze sind eine Masse Stoff, Gedanken, haben nur ein rein substantielles Dasein, die Rechtsinstitute aber sind Existenzen, logische Individualitäten, juristische Wesen. Wir erfassen und erfüllen sie mit der Vorstellung des individuellen Seins und Lebens, sie entstehen, gehen unter, wirken, treten in Conflict mit anderen, sie haben ihre Aufgaben, Zwecke, denen sie dienstbar sind, und dem entsprechend ihre eigenthümlichen Kräfte und Eigenschaften u. s. w. Ich würde sie, um dem Leser diese Vorstellung des Seins und Lebens derselben stets gegenwärtig zu halten, gern juristische Wesen nennen, wenn der Ausdruck nicht etwas gesucht erschiene. Ich werde daher lieber den Ausdruck juristische oder Rechts-Körper wählen (im Gegensatz zur bloßen Rechtssubstanz oder zum Rechtsstoff.[506])

506) Wenn man die im Text entwickelte Auffassungsweise getadelt und

Man könnte von vornherein leicht geneigt ſein, die Bedeutung dieſer Anſchauungsweiſe ſehr gering anzuſchlagen. Was ſoll es für einen Unterſchied machen, wird Mancher fragen, ob man ſtatt „Rechtsſätze über das Eigenthum“: „Eigenthumsinſtitut“ oder „Eigenthum“ ſagt? Gewiß! Wenn es beim bloßen Ausdruck oder bei einem unthätigen Beſitz jener Vorſtellung ſein Bewenden behielte, dann allerdings würde dieſelbe keinen beſondern Werth haben. Sie enthält nur einen Keim, aber einen Keim, der, wenn er erſchloſſen wird, eine totale Umgeſtaltung des Rechts nach ſich zieht. Sache der Jurisprudenz iſt es, dieſen Keim zu erſchließen und zwar zur vollen Entfaltung zu bringen, d. h. den geſammten Rechtsſtoff im Sinne jener Auffaſſungsweiſe zu geſtalten, den Geſichtspunkt eines individuellen Seins und Lebens in allen ſeinen Conſequenzen durchzuführen.

Wie kann die Anlegung und Durchführung eines bloßen Geſichtspunkts ſolches Wunder thun? Dieſer Zweifel wäre durchaus berechtigt, wenn der Geſichtspunkt bloß eine andere Art der Betrachtung des Gegenſtandes enthielte, ihn uns in einer anderen Beleuchtung, in einem beſſern Licht zeigte. Allein er hat eine ungleich höhere Kraft, die ich vielleicht am kürzeſten dadurch bezeichne, daß ich ſie mit der der Wärme vergleiche, die Veränderung aber, die dadurch mit dem Körper ſelbſt vor ſich geht, als *Erhebung deſſelben in einen höhern Aggregatzuſtand* charakteriſire. Die feſte, ſtarre Maſſe, die in *dieſer* Form unſerer Kunſt die engſten Gränzen ſetzt, wird, ſo zu ſagen, in Fluß und dadurch in einen Zuſtand verſetzt, in dem ſie willig künſtleriſche Form und Geſtaltung annimmt, alles, was in ihr iſt, kommt zum Vorſchein, die gebundenen Kräfte und Eigenſchaften werden frei.

---

dabei gethan hat, als ob ſie eine Erfindung von *mir* ſei, ſo verweiſe ich ſtatt aller auf *Savigny* Ueber den Beruf unſerer Zeit u. ſ. w. Aufl. 3 S. 29: „Die Begriffe ſind den Juriſten *wirkliche Weſen* geweſen, deren Daſein und Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden iſt.“

Diese Erhebung des Stoffs ist nun zugleich Erhebung der Jurisprudenz selbst. Von einer Lastträgerin des Gesetzgebers, einer Sammlerin positiver Einzelnheiten schwingt sie sich auf zur freien Kunst und Wissenschaft; zu einer Kunst, die den Stoff künstlerisch bildet, gestaltet, ihm Leben einhaucht — zu einer Wissenschaft, die trotz des Positiven in ihrem Gegenstande sich als Naturwissenschaft auf geistigem Gebiet bezeichnen läßt. Dieser Vergleich mit der Naturwissenschaft ist keine müßige Spielerei; denn es gibt, wie aus dem Verlauf der Darstellung hervorgehen wird, keinen Ausdruck, der das Wesen ihrer Methode so völlig erfaßte und träfe, als den der naturhistorischen Methode. Auf dieser Methode beruht das Geheimniß der Jurisprudenz, ihre Macht über den Stoff und ihre Anziehungskraft für den Verstand.[506a])

Vergegenwärtigen wir uns die Consequenzen, welche diese Anschauungsweise für die Behandlung des Stoffs nach sich zieht.

Der juristische Körper.

An die Annahme eines Seins knüpft sich mit Nothwendigkeit die Frage nach dem Anfang und Ende desselben (Entstehungs- und Endigungsarten der Rechtsverhältnisse), an die Annahme eines Körpers die Frage nach seiner Natur, Beschaffenheit, Bestimmung, seinen Kräften, Eigenschaften, seiner Aehnlichkeit und Verschiedenheit von andern Körpern, den Ver-

---

506a) Daß die Befriedigung, welche die Jurisprudenz dem bloßen Verstande gewährt, nicht das Höchste ist, ist mir je länger je mehr klar geworden, und ich habe die Spuren der Ueberschätzung der logischen Seite des Rechts, welche die erste Auflage an sich trug, möglichst zu tilgen gesucht. Ueber dem bloß Formalen der juristischen Logik steht als Höheres und Höchstes die substantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in sie, d. h. wie sie in den einzelnen Rechtsinstituten und Rechtssätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, ist nach meinem Dafürhalten die schönste und erhabenste Aufgabe, welche die Wissenschaft sich stellen kann.

bindungen, die er mit ihnen eingehen, oder den Conflicten, in die er mit ihnen gerathen kann. Ich will die hauptſächlichſten Punkte, auf die es hier ankommt, etwas näher ausführen. [507])

1. Begriff, Structur. Die erſte Aufgabe bei der Unterſuchung des juriſtiſchen Körpers beſteht in der Frage: was iſt er, iſt er ein ſelbſtändiger Körper oder läßt er ſich auf einen an-

---

507) Ich gebe gleich hier einiges Quellenmaterial, das der Leſer für die folgende Darſtellung benutzen kann. Der Rechtskörper hat in der Sprache der römiſchen Juriſten ſeine beſtimmte Natur: natura z. B. die Servitut L. 32 §. 1 de S. P. U. (8. 2), die habitatio L. 3 Cod. de usufr. (3. 33), die Emphyteuſe §. 3 I. de loc. (3. 25), die Obligation L. 2 §. 1 de V. O. (45. 1), die Correalobligation L. 5 i. f. de fidej. (46. 1), das Depoſitum L. 24 Dep. (16. 3), die Dos Tit. Cod. de rei uxoriae actione .. et de natura dotibus praestita (5. 13), die Frucht L. 69 de usufr. (7. 1); auch wohl causa L. 24 §. 21 de fid. lib. (40. 5), ſein beſtimmtes Weſen: substantia z. B. die Obligationen L. 3 de O. et A. (44. 7), L. 6 Cod. si cert. (4. 2) L. 5 de fid. (46. 1), der Kaufcontract L. 3 Cod. de cont. emt. (4. 38) L. 72 pr. D. ibid. (18. 1). Er hat eine beſtimmte Macht und Kraft: potestas z. B. die Klage L. 47 §. 1 de neg. gest. (3. 5), L. 11 §. 1 de act. emt. (19. 1), die Obligation L. 13 de duob. reis (45. 2), oder effectus L. 47 §. 1 cit., einen status L. 9 §. 1 de duob. reis (45. 2). Andere Beiſpiele bei Kuntze, Wendepunkt der Rechtswiſſenſchaft. Leipzig 1856. S. 75 z. B. obligatio nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur. Dieſe Natur und Kraft iſt ein praktiſcher Begriff, es werden daraus z. B. in den obigen Stellen folgende Folgerungen abgeleitet: daß die Servitut nicht beſeſſen, gewiſſe Obligationen nicht getheilt werden können, daß gewiſſe Verabredungen als gegen das Weſen des Vertrags (des Depoſitums, der Correalobligation) verſtoßend ungültig ſind, daß das Eigenthum erliſcht u. ſ. w. Als Beiſpiel für die Art, wie die römiſchen Juriſten mit dieſer Anſchauung des juriſtiſchen Körpers operiren, möge ſtatt vieler andern L. 14 §. 1 de novat. (46. 2) dienen. Ein Nichtjuriſt würde die Entſcheidung des Verhältniſſes, das der Juriſt hier vor Augen hat (unbedingte Novation einer bedingten Forderung) lediglich auf den Willen der Partheien ſtellen, der Juriſt dagegen entnimmt ſie dem Verhältniß der gegenſeitigen Einwirkung der beiden Obligationen, er unterſucht, wie und wann die eine durch die andere afficirt wird. Andere charakteriſtiſche Beiſpiele ſ. in L. 3 §. 9 de adim. leg. (34. 4), L. 34 §. 11. 12 de leg. I. (30), L. 27 §. 2 de pact. (2. 14), L. 5 de fidej. (46. 1).

dern zurückführen?[508]) Es wiederholt sich hier für uns das Gesetz der juristischen Analyse, keinen Körper als selbständig anzuerkennen, der sich aus einem oder mehreren andern herstellen läßt, oder richtiger, es wiederholt sich hier die Analyse selbst und zwar in einer Anwendung oder auf einer Stufe, auf der sie uns eigentlich erst in ihrer wahren Bedeutung klar werden kann. Die ganze Ausführung über die Analyse hatte im Grunde die naturhistorische Methode zur stillschweigenden Voraussetzung, und es geschah nur aus Rücksichten der Darstellung, daß ich die Erörterung der letzteren bis jetzt verschob.

Die Angabe dessen, was der Körper *ist*, ist gleichbedeutend mit dem *Begriff* desselben, der Begriff „begreift" d. h. ergreift ihn in seiner Wesenheit, er „definirt" ihn d. h. gränzt ihn von andern ab, gibt ihm ein logisches „Für sich sein." Der Begriff enthält also die logische Quintessenz des Körpers, seinen innersten Kern oder Individualitätspunkt, in ihm muß die ganze Kraft des Körpers beschlossen liegen, alles und jedes, was an und mit ihm vorgeht, muß sich mit dem Begriff vertragen. Eine Begriffsbestimmung ist daher im Grunde nicht das Erste, sondern als formelle Redaction oder Concentrirung der gefundenen Resultate erst möglich, nachdem die Untersuchung des Körpers vollständig abgeschlossen ist. Uebrigens verwechsele man nicht die *Anschauung* und *Formulirung* des Begriffs. Die Anschauung kann eine durchaus richtige sein, während die Formulirung, die Definition mißlungen ist. So operiren die römischen Juristen mit ihren Begriffen mit größter Sicherheit, nichts desto weniger aber sind ihre Definitionen, wie sie selbst zugestehen,[509]) nicht selten durchaus ungenügend.

---

508) Also z. B. ist die s. g. Genossenschaft ein eigenthümlicher juristischer Begriff oder eine (wenn auch modificirte) Societät oder juristische Person? Als Beispiel aus dem römischen Recht diene die Zurückführung der traditio brevi manu, des constitutum possessorium, des Erwerbs der Früchte von Seiten des Pächters, des jactus missilium auf die Tradition.

509) L. 202 de R. J. (50. 17).

Der Begriff alſo erfaßt den Körper in dem, was er *iſt*, allein worin liegt dies „Iſt"? Man könnte meinen, in dem *Zweckmoment*, denn die praktiſche Aufgabe, die er zu löſen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt exiſtire, warum er gerade ſo und nicht anders ſei, kurz ſeinen logiſchen Schlüſſel. Ich will nun allerdings nicht läugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphiloſophiſche, ſondern auch praktiſch-juriſtiſche) Verſtändniß des Inſtituts höchſt wichtig, ja unerläßlich iſt;[510] was ich beſtreite, iſt nur, daß die *juriſtiſche* Theorie darnach *definiren* darf.[511] Iſt denn aber z. B. die Definition des Depoſitums und Commodats als Hingabe zum *Zweck* der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für *Inhalt* iſt. Hingabe zum *Zweck* der Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts als Hingabe mit der *Verpflichtung* zur Aufbewahrung, mit dem *Recht* der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in ſeinem rechten Sinn gebrauchen, meinen wir mit dem „Zweck" des Inſtituts etwas dem Inhalt Entgegengeſetztes, etwas Höheres, außer ihm Liegendes, zu dem letzterer ſelbſt ſich nur als *Mittel* verhält. Iſt nun aber

---

510) In unſerm juriſtiſchen Unterricht könnte und müßte es in viel höherem Grade berückſichtigt werden, als es gewöhnlich geſchieht, namentlich rückſichtlich ſo mancher römiſchen Einrichtungen, die unſerm heutigen Verſtändniß ferner liegen. Die römiſchen Juriſten heben das Zweckmoment nur ſelten hervor (als Beiſpiel diene die Uſucapio, *Savigny* Syſtem Bd. 5 S. 268 Note e), weil es Demjenigen, der mitten im Leben ſteht, ganz geläufig iſt.

511) Als bekanntes Beiſpiel einer ſolchen *teleologiſchen* Definition nenne ich die Einertſche Definition des Wechſels als kaufmänniſchen Papiergeldes; ſie charakteriſirt bloß die hauptſächlichſte praktiſche Verwendung des Wechſels, nicht ſeine juriſtiſche Natur. *Ontologiſch* definirt iſt der Wechſel ein von ſeiner causa abgelöſtes Geldverſprechen, oder, um mit Thöl zu reden, ein Summenverſprechen. So wird der Juriſt den Begriff des Bannrechts ſtets auf das jus prohibendi zu ſtellen haben, ohne daß damit die Hervorhebung des Zweckmoments: des vermittelſt dieſes jus prohibendi auszuübenden indirecten Zwanges auf den Pflichtigen für entbehrlich erklärt werden ſoll.

unsere Wissenschaft nur eine Theorie der *Mittel*, so zu sagen der materia medica, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitschaft hat, so müssen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent sind, bestimmen, ganz abgesehen davon, daß eine Bestimmung derselben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar sein würde.[512]) Denn nicht bloß sind diese Zwecke etwas höchst unbestimmtes, schwankendes, und durchkreuzen sich in einer oft unentwirrbaren Weise, ändern und wechseln, ohne daß mit dem Institut selbst die geringste Veränderung vor sich geht, sondern es gibt auch eine ansehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überall gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht einem praktischen Bedürfniß (utilitas), sondern nur der juristischen Consequenz oder Nothwendigkeit (ratio juris) ihren Ursprung verdanken, nur existiren, weil sie nicht nicht-existiren können. *Definiren* aber darf man nur nach einem Moment, nach dem man auch *classificiren* kann; ein Gesichtspunkt, der für die Bestimmung *sämmtlicher* Körper oder die Systematik des Ganzen ungeeignet ist, ist es auch für die Bestimmung des *einzelnen*. Wir definiren den Körper also nicht nach dem, was er *soll* oder was er leistet, sondern nach seiner *Structur*, seinen *anatomischen Momenten*. Solche Momente sind z. B. Subject, Object, Inhalt, Wirkung, Klage. Den Hauptgegenstand unserer Definitionen bilden die Rechte im subjectiven Sinn, und an ihnen will ich die Aufgabe und die Methode etwas näher veranschaulichen.

Bei jedem Recht kommt zunächst in Betracht das *Subject*. Die Bestimmung der Frage, *wer* juristisch als Subject anzusehen, und wie das Verhältniß zwischen Subject einerseits und dem Gegenstand und Inhalt des Rechts andererseits gedacht wer-

---

512) Wo sollte z. B. die Vormundschaft ihren Platz finden? Wo der Ususfructus? Wäre der Zweck das maßgebende Moment, so müßten der Pachtcontract, die Emphyteusis und der Ususfructus an Grundstücken an einer Stelle zusammengestellt werden!

den ſoll, kann oft mit großen Schwierigkeiten verknüpft ſein. Dies namentlich dann, wenn entweder die Verbindung des Subjects mit dem Gegenſtand keine unmittelbare, ſondern durch irgend ein Verhältniß, wie z. B. bei der Prädialſervitut durch das praed. dominans, bei Obligationen auf den Inhaber durch das Papier vermittelt iſt, oder wenn bei einem und demſelben Recht mehrere Subjecte concurriren, ſei es ſo, daß ſie ſich theilen ſollen, oder ſo, daß Einer von ihnen das Ganze haben ſoll. Für den erſten Fall iſt die einfachſte Form die einer Theilung des Rechts nach Zahl der Perſonen (z. B. beim Mitbeſitz, Miteigenthum, bei der Obligation); hier drückt ſich die Thatſache der Vielheit der Perſonen im Innern des *Rechts* ſelbſt aus, es ſpaltet ſich das Recht in ſo viel Theile, als Perſonen ſind. Aber ſelbſt bei dieſer einfachſten Form des Verhältniſſes kann man darüber ſtreiten, wie man ſich jenen innern Vorgang — ſoll ich ſagen naturhiſtoriſch, ſinnlich oder juriſtiſch? — zu denken habe, z. B. beim Miteigenthum als eine atomiſtiſche Theilung der *Sache* oder als Theilung des *Rechts* oder richtiger des *Inhalts* des Rechts. Eine andere Form für dies Verhältniß einer nicht-ſolidariſchen Concurrenz gewährt die juriſtiſche Perſon. Letztere iſt nicht ſelbſt der Deſtinatär der Rechte, die ſie hat, ſondern dies ſind die phyſiſchen Perſonen, die, ſo zu ſagen, hinter ihr ſtehen, und für die ſie nur den techniſch-nothwendigen Stellvertreter abgibt, ſei es ein geſchloſſener Kreis von Individuen (universitas personarum) oder eine unbeſtimmte Vielheit (universitas bonorum, bei einem Hospital z. B. die Kranken, bei einer Kunſtanſtalt die Kunſtfreunde). Sie iſt (wenigſtens ihrer *privatrechtlichen* Bedeutung nach) nur ein techniſches Inſtrument, um den Mangel der Beſtimmtheit der Subjecte unſchädlich zu machen.[513])

513) Auch bei der hered. jac. fungirt ſie in dieſer Weiſe, auch hier nämlich iſt das Subject noch unbeſtimmt, auch hier alſo iſt ſie nur ein Mittelglied zwiſchen der phyſiſchen Perſon und dem Vermögen. Ich komme auf den obigen Geſichtspunkt ſpäter zurück, ſ. B. 3 §. 55 (S. 212) §. 61 (S. 330 fl.).

Für den zweiten oben genannten Fall der subjectiven Concurrenz (der solidarischen Berechtigung) bieten uns die solidarischen Obligationen im engern Sinn und die Correalobligationen ein bekanntes Beispiel. Die Structurfrage lautet hier so: haben wir uns das Verhältniß als zwei Obligationen mit demselben Inhalt oder als Eine Obligation mit zwei Subjecten vorzustellen?

Als Beispiel für die Bestimmung des Gegenstandes des Rechts nenne ich das Erbrecht und die Obligation, da für beide die Ansichten vorzugsweise auseinander gehen. Ist beim Erbrecht die Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse oder die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers der Gegenstand? Ist es bei der Obligation der Schuldner, dessen Wille, oder die zukünftige Handlung? Auch für den Inhalt kann die Obligation uns insofern ein Beispiel darbieten, als man gefragt hat, ob das Recht des Gläubigers auf die Handlung oder deren Geldwerth gehe? Bei den Servituten streitet man ebenfalls über die Bestimmung des Inhalts, nämlich ob sie abgelöste Eigenthumsbefugnisse oder bloß Beschränkungen des Eigenthums enthalten.

Zur Frage von der Structur der Rechte gehört auch das Accessionsverhältniß derselben zu andern Rechten, so z. B. die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung, der Verzugszinsen von der Principalobligation, der Prädialservitut vom herrschenden Grundstück. Sodann die Frage vom Verhältniß der Klage zum Recht.

Die übrigen Momente des juristischen Körpers, denen ich mich jetzt zuwende, hängen mit dem so eben entwickelten und unter sich so eng zusammen, und rücksichtlich mancher Punkte, die im Folgenden erwähnt werden sollen, ist es so willkührlich und gleichgültig, ob man sie unter diesen oder jenen Gesichtspunkt bringt, daß ich nur aus Rücksicht auf den Leser, um ihm einige Hauptanhaltspunkte zu gewähren, mich zu einer Sonderung derselben entschlossen habe.

2. Eigenschaften und Kräfte des juristischen

Körpers. Ich nenne beispielsweise die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, die Expansionskraft derselben (das Accrescenzrecht beim Eigenthum, Usufructus, Erbrecht — hier dehnt das Recht sich, so zu sagen, über einen leer gewordenen Raum aus), die Trennbarkeit und Untrennbarkeit von der Person (Abhängigkeit vom Leben derselben, Möglichkeit der Uebertragung auf Andere u. s. w.), die Möglichkeit einer solidarischen Vervielfältigung des Rechts an demselben Gegenstand (sei es neben einander, sei es hinter einander z. B. beim Pfandrecht), die Möglichkeit einer Beschränkung oder Verminderung des regulären Inhalts des Rechts (Elasticität; die Gränze wird bezeichnet durch die essentialia negotii, den beweglichen Theil stellen dar die naturalia und accidentalia).

3. Phänomene im Leben des Körpers. Dahin gehören vor allen die beiden, welche die Existenz des Körpers selbst betreffen: die Entstehung und der Untergang. Die Existenzfrage erledigt sich aber nicht bloß durch eine Angabe der verschiedenen Entstehungs- und Endigungsarten — dies ist mehr die concrete, specielle Parthie der Aufgabe — sondern sie schließt eine Reihe allgemeiner Erörterungen in sich. Dahin zählen z. B. der Zustand der Unentschiedenheit des Seins (Pendenz; nicht bloß bei Bedingungen, sondern auch in vielen andern Verhältnissen); die Frage von der ewigen oder vorübergehenden Dauer eines Rechtsverhältnisses, die so wichtige Datumsfrage (z. B. wann gilt das Geschäft als abgeschlossen, wann der Verschollene als verstorben, wann ist die actio nata? auf sie bezieht sich auch die rückwirkende Kraft der Bedingung und der Ratihabition), Zwischenraum zwischen dem Begründungsact und der Entstehung des Rechts (anticipirte Abschließung des Geschäfts vor Eintritt seiner Requisite, z. B. beim Pfandrecht vor Entstehung der Forderung); oder Zwischenraum zwischen der Entstehung und der Wirksamkeit (dies), dauernde oder vorübergehende Lähmung der Rechte (exceptio); theilweiser Untergang, Wiederherstellung des Untergegangenen, Metamorphose, Uebergang in andere Verhältnisse,

Einfluß des Untergangs der Klage auf das Recht (Eigenthum, Obligation), der Wegfall der Forderung auf die Gegenforderung ꝛc.

4. Verhalten des Körpers zu andern Körpern. Unverträglichkeit gewisser Körper mit andern (z. B. der patria potestas und tutela, testamentarische und Intestaterbfolge, Besitz in Anwendung auf die Obligation), Verträglichkeit anderer (z. B. des Besitzes und der Servitut d. h. Quasibesitz), Zusammentreffen derselben an demselben Object oder demselben Verhältniß und Conflict derselben (z. B. des Eigenthums und der Obligation d. h. der reivindicatio und der exceptio rei vend. traditae, des Eigenthums und Pfandrechts, Einfluß der Concurrenz der Klagen), Wegfallen des einen Körpers und Einwirkung dieses Umstandes auf den anderen (z. B. des vorstehenden Pfandrechts, Dereliction des praedium serviens oder dominans, Einfluß auf das nachstehende Pfandrecht und die Servitut).

Die letzte Consequenz der naturwissenschaftlichen Methode und die Spitze der ganzen Aufgabe ist

5. die systematische Classification der Rechtskörper oder das System. Diesen Punkt habe ich schon oben berührt (S. 314).

Die juristische Construction und ihre Gesetze.

Die ganze bisherige Darstellung hatte im Grunde nur einen vorbereitenden Zweck, dem Leser nämlich eine Anschauung von den Gegenständen und Aufgaben der naturhistorischen Methode, oder, was dasselbe sagt, eine Anschauung des juristischen Körpers zu gewähren.

Ich hoffe, daß es keiner Rechtfertigung bedürfen wird, warum ich mich bei diesem Punkt so lange aufgehalten habe, verhältnißmäßig länger, als ich es bei der eigentlichen Aufgabe, zu der ich jetzt übergehe, thun werde. Jene Anschauung gilt mir als das Wesentlichste und Unerläßlichste, und versehen mit ihr wird der Leser manches, was ich im Folgenden genöthigt bin nur kurz anzudeuten, zu suppliren vermögen. Wir sind an dem Punkt ange-

langt, um zu dem Ausgangspunkt des Paragraphen, der juristischen Construction, zurückzukehren und sie mit Einem Wort definiren zu können, nämlich als Gestaltung des Rechtsstoffs im Sinn der naturhistorischen Methode. Die juristische Construction ist, so zu sagen, die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper. Jede Arbeit, die sich auf ihn bezieht, insofern sie gestaltender Art ist, möge sie im übrigen den Körper in seiner Totalität zum Gegenstande haben, ihn erst als solchen ins Leben rufen, oder bloß adminiculirender Art sein, einzelne Vorgänge im Leben des Körpers erklären, scheinbare Widersprüche des Einzelnen gegen den Grundbegriff beseitigen, kurz, wie immerhin sie auch sei, wenn sie nur die Structur des Körpers zum Gegenstand hat, fällt unter den Begriff der juristischen Construction. Ich habe die Beschränkung hinzugefügt: insofern sie gestaltender Art ist. Den Gegensatz dazu bildet die rein receptive Bearbeitung desselben d. h. das bloße Operiren mit den von der Construction aufgestellten Gesichtspunkten, die Erschließung der mittelbar bereits gegebenen Consequenzen; wenigstens bezieht der Sprachgebrauch unsern Ausdruck nur auf die erste Art der Thätigkeit. Jene ist eine künstlerische Production, denn sie schafft etwas Neues, was bisher nicht da war, sie ist ein Erfinden,[514]) letztere hingegen ist nur ein consequentes logisches Denken.

514) Damit ist zugleich ausgesprochen, daß sie weniger Sache des Fleißes und der Gelehrsamkeit als des Talents und der Intuition ist. Nirgends verwerthet sich die Arbeit so gut und so schlecht je nach dem Erfolg, den sie hat, als hier. Eine gelungene Construction ist in meinen Augen eine juristische That, eine Leistung von bleibendem Werth, eine mißlungene ist absolut werthlos, die Arbeit völlig verloren. Niemand, der sich an eine solche Aufgabe wagt, sollte sich verhehlen, daß er Lotterie spielt; auf einen Treffer fallen hier, wie die Erfahrung lehrt, hundert Nieten. Die Schwierigkeit und das Verdienstliche derartiger Leistungen wird im allgemeinen viel zu wenig anerkannt. Es beruht dies vielleicht darauf, daß, während der eigentlich gelehrten Arbeit stets der Schweiß anklebt, man einer derartigen Leistung von all der Mühe und Anstrengung, die ihr vorhergegangen, nichts ansieht und daher nur zu leicht geneigt ist in dem, was die Frucht langjährigen Suchens war, das

Wir unterziehen die juristische Construction jetzt einer nähern Betrachtung, und zwar erörtern wir zunächst ihre Gesetze.

Die Construction bezweckt die kunstgerechte Gestaltung des juristischen Körpers. Worin besteht nun das Kunstgerechte d. h. welche Rücksichten, Regeln hat sie dabei zu beobachten, kurz was sind ihre Gesetze? Ich nehme folgende an.

1. Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs. Die positiven Rechtssätze sind die gegebenen Punkte, bei denen die juristische Construction, wie immerhin sie dieselben auch verbinden möge, unter allen Umständen anlangen muß. Während sie aber in Beziehung auf den Inhalt durch den positiven Stoff gebunden ist, verhält sie sich zu ihm in Bezug auf die Form d. h. was die Art der Gestaltung desselben anbetrifft, vollkommen frei. Das heißt m. a. W. die eignen Constructionen des Gesetzgebers besitzen für sie keine verpflichtende Kraft. Der Gesetzgeber soll nicht construiren, er greift damit in die Sphäre der Wissenschaft über, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit jedem Juristen auf eine Linie. Haben nun zwar aus diesem Grunde die Constructionen des Gesetzgebers keine andere als eine doctrinäre Bedeutung, lassen sie sich mithin jeder Zeit durch die Jurisprudenz berichtigen und beseitigen, so sind sie nichts desto weniger höchst bedenklich. Denn es ist erklärlich, daß der Widerspruch gegen sie nicht so leicht rege wird und einen ungleich schwereren Stand hat, als gegenüber rein doctrinellen Constructionen. [515])

mühelose Geschenk einer glücklichen Stunde zu erblicken. Ein einziges Wort kann hier oft die Lösung geben, und wenn das Wort ausgesprochen, erscheint die Sache so natürlich und einfach, daß Jeder es hätte finden können. Man wird unwillkührlich an die Lösung eines Räthsels erinnert, das bekanntlich ebenfalls ganz anders aussieht, je nachdem man die Lösung kennt oder erst sucht. Daß unsere civilistischen Räthsel nicht so leicht zu rathen sind, kann man schon daraus entnehmen, daß unsere heutige Jurisprudenz, namentlich die germanistische, sich noch mit einer großen Zahl trägt, für die der Oedipus noch erst erwartet wird!

515) Ein bekanntes Beispiel einer gesetzlichen Construction aus der frü-

Die Jurisprudenz ist also hinsichtlich der künstlerischen Gestaltung des Stoffs vollkommen frei, insofern ihm nur in der Form, die sie ihm verleiht, dieselbe praktische Kraft verbleibt, wie in seiner bisherigen. Ich wähle folgendes Beispiel. Aus baupolizeilichen Rücksichten versagte das ältere Recht dem Eigenthümer die Vindication des Baumaterials, das ein Anderer in sein Haus verbaut hatte, und verwies ihn auf eine persönliche Entschädigungsklage; nach Trennung des Materials z. B. durch Zusammenstürzen des Hauses stand jedoch der Vindication nichts im Wege. Dieser Thatsache konnte man einen verschiedenen juristischen Ausdruck geben, nämlich den, daß das Eigenthum unter-

---

hern Zeit des römischen Rechts liefert die fictio legis Corneliae; aus der spätern Zeit die Bestimmung Zenos über die selbständige Natur des emphyteuticarischen Contracts. Im allgemeinen aber kann man der römischen Legislation bis auf Justinian den Vorwurf eines solchen Uebergreifens in das Gebiet der Wissenschaft nicht machen. Dagegen verfolgte Justinians ganzes Unternehmen bekanntlich den gerade entgegengesetzten Zweck, seine Institutionen und Pandekten sind Compendien und Gesetzbücher zugleich, und diese Vermischung der Wissenschaft und der Gesetzgebung hat nicht bloß für die moderne Bearbeitung des römischen Rechts in reichem Maße die im Text angedeuteten nachtheiligen Folgen nach sich gezogen, indem die Wissenschaft bei rein wissenschaftlichen Fragen sich durch die Autorität Justinians hat einschüchtern lassen, sondern das Beispiel des Schulmeisters auf dem Thron oder Gesetzgebers auf dem Katheder, das Justinian gegeben, hat auch in neuern Gesetzgebungen nur zu willige Nachfolge gefunden. Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist. — In jüngster Zeit ist der Kampf gegen solche von unsern neueren Gesetzbüchern aufgestellten Legalconstructionen von der Wissenschaft energisch aufgenommen, insbesondere auf dem Gebiete des österreichischen Rechts z. B. gegen die Begriffe Ober- und Nutzungseigenthum (Randa der Besitz nach österr. Rechte, Leipzig 1865 S. 14, 17, Unger System des österr. Privatrechts I S. 608), die Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts (Randa S. 27), den Tabularbesitz (derselbe S. 43), den titulus und modus acquirendi (Unger II S. 11), die symbolische Tradition (Randa S. 119, Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Besitz nach österr. Recht, Wien 1867 S. 167 fl.), die Definition der juristischen Personen (Unger I S. 322—324). In ältern wie in neuern Gesetzen ist in dieser Beziehung noch sehr viel zu thun.

gehe, späterhin aber wieder aufwache, oder aber, daß zwar das Eigenthum fortdauere, allein nur nicht geltend gemacht werden könne, so lange die Verbindung dauere. Letztere Vorstellungsweise verdiente vor ersterer offenbar den Vorzug; denn daß das Eigenthum durch bloßes Einbauen verloren gehen sollte, war eben so anstößig, als daß es, einmal untergegangen, späterhin wieder aufwachen sollte. Angenommen nun, es hätte das Gesetz diese Vorstellungsweise adoptirt gehabt, so wäre meiner Ansicht nach die Jurisprudenz durchaus berechtigt gewesen, dieselbe als eine unvollkommene Construction durch die zweite zu ersetzen. Beide führten praktisch ganz zu denselben Resultaten, sie waren also nichts als juristische Constructionen, Versuche, die praktischen Sätze rationell zu erklären.

Wenn dagegen ein neuerer Rechtsgelehrter [515a]) den im römischen Recht ausgesprochenen Satz, daß die Hälfte des auf fremdem Grund und Boden gefundenen Schatzes dem Grundeigenthümer gehöre, in der Weise mit der Occupationstheorie in Einklang zu bringen versucht, daß der Finder das Eigenthum am ganzen Schatz erwerbe, aber gesetzlich *verpflichtet* sei, die Hälfte an den Grundeigenthümer herauszugeben, so steht *diese* Construction mit dem obigen Gesetz in Widerspruch, denn sie führt zu praktisch verschiedenen Resultaten, z. B. zu dem, daß der Grundeigenthümer sein Recht nur gegen den Finder, nicht gegen Dritte verfolgen kann.

2. *Das Gesetz des Nichtwiderspruchs* oder der systematischen Einheit. Ich brauche kaum zu bemerken, daß es sich hier nicht um Widersprüche des Gesetzgebers, sondern um Widersprüche der Wissenschaft mit sich selbst handelt. Die Jurisprudenz ist wie an das Gesetz, so auch *an sich selbst* gebunden, sie darf bei ihren Constructionen nicht mit sich selbst, mit den Begriffen, Lehrsätzen, die sie anderwärts aufgestellt hat, in Widerspruch treten, ihre Constructionen müssen stimmen, sowohl in sich, als unter einander. Ein *Begriff* duldet keine Ausnahme, so

515a) *Puchta* Pandekten §. 154.

wenig wie ein Körper sich verläugnen, ausnahmsweise etwas andres sein kann, als er *ist*. Läßt sich also eine Lage des Körpers auffinden, die mit dem aufgestellten Begriff unverträglich ist, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz. Ob diese Lage eine ungewöhnliche und praktisch wenig belangreiche ist, relevirt nichts, denn es handelt sich bei der ganzen Aufgabe nicht um ein praktisches, sondern um ein logisches Problem.[516] Die *Probe der Construction* besteht darin, daß die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenkliche Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit andern Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles zusammenstimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er ächt und wahr. Als Beispiel nehmen wir die Obligation. Fassen wir dieselbe mit den römischen Juristen einmal als Qualität der beiden betheiligten Personen auf, so folgt daraus, daß sie *ohne* die beiden Personen nicht existiren kann — denn eine ohne Subject bestehende Qualität ist ein Unding — daß sie mithin mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners untergehen muß. Wenn sie nun dennoch praktisch fortdauert, so muß entweder jene Auffassung selbst aufgegeben werden oder aber — und diesen Weg haben die römischen Juristen eingeschlagen — jener Widerspruch muß dadurch beseitigt werden, daß die Person als fortdauernd gedacht wird. Ein Drittes gibt es nicht, denn das Dritte könnte nur darin bestehen, daß man sich bei dem bloßen *Factum* der Fortdauer der Obligation beruhigte, darauf verzichtete, es mit

516) So behandeln die römischen Juristen z. B. beim *Eigenthum* die Frage von der Fortdauer desselben an einem entflogenen Vogel, entronnenem Wilde, so untersuchen sie das Eigenthumsverhältniß an den erbschaftlichen Sachen vor Antretung der Erbschaft, an den unter einer Bedingung legirten Sachen während der Pendenz derselben u. s. w. So stellen sie an sich die Anforderung, da, wo ein Rechtsverhältniß in irgend einem *Zeitraum* entstanden, den *Zeitpunkt* der Entstehung anzugeben und läugnen daher z. B. auch consequent die Möglichkeit der Entstehung überhaupt, wo kein solcher einzelner Entstehungsmoment denkbar war, L. 9 §. 3 qui post. (20. 4).

dem Begriff der Obligation in Einklang zu setzen. Das wäre aber ein wissenschaftlicher Bankerott, ein Abfall von aller und jeder Jurisprudenz. Ferner! Wenn die Jurisprudenz einmal den Lehrsatz aufstellt, daß die Obligation durch Zahlung untergeht, so muß es als ein juristisches Unding erscheinen, daß der Gläubiger nach erhaltener Zahlung die Klage noch cediren kann. Nichts desto weniger erkennt das Recht eine Cession des Gläubigers an den Bürgen nach geleisteter Zahlung als möglich an. Auch hier kann die Wissenschaft sich nicht dabei beruhigen, daß es einmal so Rechtens sei, sondern entweder muß sie jenen Satz fallen lassen, oder aber, wenn sie dies nicht will oder kann, einen Gesichtspunkt aufsuchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloß scheinbaren hinstellt, und dies ist den römischen Juristen in einer höchst ungezwungenen, überzeugenden Weise gelungen.[517])

Wir können der Anforderung, um die es sich bei unserm zweiten Gesetz hier handelt, den Ausdruck geben: die Wissenschaft darf keine juristische Unmöglichkeiten statuiren. Der Begriff der juristischen Möglichkeit und Unmöglichkeit scheint nun auf den ersten Blick ein absoluter zu sein, in der That aber ist er ein relativer. Wie vieles würde den römischen Juristen als juristisch unmöglich erscheinen, was heutzutage als juristisch möglich gilt (z. B. Forderungen, die dem jedesmaligen Inhaber eines Papiers zustehen, Indossamente in blanco, offene Hypotheken an eigener Sache u. s. w.), und an wie manchem nehmen wiederum sie keinen Anstoß, worin die älteren Juristen geradezu einen Verstoß gegen jede juristische Logik erblickt haben

517) Die Zahlung des Bürgen hat die Bedeutung eines Kaufs der Forderung, siehe darüber L. 76 de solut. (46. 3). Eine Zusammenstellung derartiger Beispiele habe ich B. 3 S. 234—246 gegeben, einige andere s. bei Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859 S. 7 Note c z. B. „um einen Nießbrauch auch dem Erben zukommen zu lassen, hat man nicht eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit gemacht, sondern durch die Verpflichtung zu neuer Bestellung geholfen, L. 5 pr. quib. mod. ususfr. (7. 4)."

würden![518]) Wie im Recht selbst, so findet auch in der Anschauungsweise der Wissenschaft ein ewiger Fortschritt statt, ihr geistiger Horizont und damit der Kreis des Möglichen erweitert sich, sei es durch ihr eignes Verdienst, sei es durch die Macht der Thatsache, die ihr das bisher für juristisch unmöglich Gehaltene als praktisch nothwendig aufdrängt und ihr damit die Nöthigung auferlegt, das Gebiet des theoretisch Möglichen dem entsprechend auszudehnen. Es gibt für sie in letzterem Fall nur folgende Alternative: es muß entweder das bisherige Dogma[519]) sich dem Neuen oder das Neue sich dem Dogma fügen, entweder müssen die bisherigen Begriffe, Lehrsätze verändert werden, um dem Neuen ein Unterkommen zu gewähren, oder aber letzteres durch eine geschickte Manipulation, durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zugerichtet werden, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt. Dieser letztere Weg ist der nächst gelegene, und es ist nicht bloß verzeihlich, sondern durchaus motivirt, wenn die Jurisprudenz vorzugsweise auf ihm die Lösung sucht, alle ihre Kunst aufbietet, um sich der Nothwendigkeit zu entziehen mit ihren bisherigen Lehrsätzen zu brechen. Die römischen Juristen haben diese Kunst der Vermittelung des praktisch Neuen mit dem theoretisch Alten in hohem Grade verstanden, wovon das folgende System uns einige glänzende Proben geben wird; ich nenne hier vorläufig die Benutzung des Gegensatzes zwischen Recht und Ausübung zum Zweck der praktischen Uebertragung der Erbschaft, Forderung und des Nießbrauchs. Aber auch in der älteren Zeit blühte diese Kunst, ja sie ward hier sogar mit einer Aengstlichkeit und Pedanterie geübt, bei der sie anfängt ins Lächerliche zu spielen (Bd. 3

518) z. B. die traditio in incertam personam. Die ältere Jurisprudenz konnte sich den jactus missilium nur als Dereliction von der einen und Occupation von der andern Seite construiren.

519) Worauf dies Dogma beruht, daß es nämlich nicht bloß in positiven Rechtssätzen und juristischen Grundanschauungen, sondern auch in allgemein logischen Axiomen besteht (Beispiele der letzteren folgen später), führe ich hier nicht weiter aus.

§. 58). Aber man hüte sich über der Uebertreibung eines an sich völlig berechtigten Gedankens letzteren selbst, den gesunden ächt juristischen Sinn, aus dem selbst sie hervorging, so wie die höchst vortheilhaften Folgen jener Strenge und Pedanterie zu übersehen. Soll das wissenschaftliche Gebäude Festigkeit erlangen, so rüttle man nicht ohne Noth an dem Fundament, so lerne man sich zu behelfen. Gerade dies Sichbehelfen trägt der Wissenschaft reichliche Früchte. Die Noth macht erfinderisch! Der Nothstand, in den der Conflict des Neuen mit dem Alten den Juristen versetzt, oder richtiger das Bestreben, diesen Conflict ohne Schaden des Alten zu erledigen, hat sich für die Entwicklung des juristischen Scharfsinns sehr wohlthätig erwiesen. Er treibt und preßt die ganze dialektische Kunst des Juristen zur äußersten Anspannung und damit zu Erfindungen und Entdeckungen, die ganz abgesehen von dem unmittelbaren Zweck, dem sie dienen sollen, der Wissenschaft höchst werthvolle und fruchtbare Bereicherungen bringen. So hat die spätere römische Jurisprudenz unter dem Einfluß solcher transitorischen Veranlassungen eine Reihe von Unterschieden entdeckt, die für ewige Zeiten ihren Werth behalten werden.

Diese Kunst der Vermittelung hat aber ihre Gränzen. Es gibt einen Punkt, über den hinaus das Festhalten des Bisherigen in Unnatürlichkeit und Zwang ausartet.[520]) Wann und wo derselbe eintritt, ist mehr Sache des Gefühls als einer objectiven Bestimmung. Vermittelnde Constructionen, die dieser Zeit genügen, machen einer anderen den Eindruck des Gekünstelten, und so entschlossen sich selbst die römischen Juristen, so sehr sie sich im übrigen gerade durch ihr Festhalten an das her-

520) So z. B. definirten die römischen Juristen ursprünglich das pignus als Vertrag, und sie konnten diese Definition bei den ersten Fällen des s. g. gesetzlichen Pfandrechts noch mit Anstand aufrecht halten (quasi tacite convenerit; pignus tacitum). Allein als auch eine testamentarische Bestellung des Pfandrechts aufkam, ward dies unmöglich, und für das justinianeische Recht mit seinen vielen gesetzlichen Pfändern wäre die Zurückführung desselben auf den Gesichtspunkt eines stillschweigenden oder fingirten Vertrages geradezu eine Absurdität.

gebrachte Dogma auszeichnen, doch hie und da letzteres zu ändern, wo die ältere Jurisprudenz ſich dieſer Zumuthung durch eine vermittelnde Conſtruction entzogen hatte.[521] Für die heutige Jurisprudenz gibt es in dieſer Beziehung an der rein römiſchen Theorie (alſo ganz abgeſehen von den Aenderungen des heutigen Rechts) noch viel zu ändern.[522]

Die bisherige Erörterung hat unſer zweites Geſetz bloß nach der Seite hin verfolgt, nach der es uns vom Standpunkt der altrömiſchen Technik aus intereſſirt, das Geſetz ſelbſt aber reicht weiter und wird insbeſondere für die ſyſtematiſche Claſſification höchſt wichtig, was ich hier jedoch nicht weiter ausführen darf.

Wenn wir die beiden Geſetze der juriſtiſchen Conſtruction, die wir bisher erörtert haben, in Gegenſatz ſtellen wollen, ſo können wir ſagen, daß das erſte im poſitiven, das zweite im logiſchen Element wurzelt. Das Element des dritten und letzten Geſetzes, zu dem ich jetzt übergehe, möchte ich als äſthetiſches bezeichnen.

3. Das Geſetz der juriſtiſchen Schönheit. Man wird es für geſucht halten, wenn ich von einem juriſtiſchen Kunſt-

---

521) Ich erinnere z. B. an den jactus missilium in der Note 518. Das alte Dogma lautete: kein Rechtsgeſchäft läßt ſich in personam incertam vornehmen. Wollte man daſſelbe aufrecht erhalten, ſo blieb nichts übrig, als den jactus missilium in Dereliction und Occupation zu zerlegen. Aber dieſe vermittelnde Conſtruction war eine gekünſtelte, denn ſie that dem Willen des Jacenten, der eben nicht auf Dereliction, ſondern auf Uebertragung gerichtet war, Zwang an. Die ſpätere Jurisprudenz gab hier der Wahrheit die Ehre, indem ſie eine traditio in incertam personam annahm, und damit änderte ſie in der That das obige Dogma; was bis dahin als juriſtiſch unmöglich galt, ward jetzt als möglich angenommen. Wie neuere Juriſten z. B. Puchta Pandekten §. 147 Note k den Gegenſatz beider Conſtructionen (bei der einen liegen zwei einſeitige, bei der andern ein zweiſeitiger Akt vor) überſehen und beide für vereinbar halten konnten (als ob eine Tradition aus Dereliction und Occupation beſtände!), iſt für mich ſchwer zu verſtehen.

522) Man nehme z. B. die erbrechtlichen Sätze: nemo pro parte testatus etc., semel heres, semper heres und ſo manche andere, die bereits zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten mehr figurirten als galten.

oder Schönheitssinn spreche. Aber die Sache selbst bringt es mit sich, und wenn man mir einmal verstattet hat, von einer künstlerischen Gestaltung des Stoffs zu reden, so wird man sich auch den Kunstsinn gefallen lassen müssen.[523]) Auf ihm beruht das Wohlgefallen und Mißfallen, das gewisse Constructionen in uns erregen. Die einen befriedigen uns durch ihre Natürlichkeit, Durchsichtigkeit, Einfachheit, Anschaulichkeit, die andern stoßen uns durch das Gegentheil ab, erscheinen uns gezwungen, unnatürlich u. s. w., ohne daß wir sie darum für verkehrt erklären könnten. Dies Gesetz ist also nicht, wie die beiden ersten, ein absolutes. Eine Construction, die gegen jene verstößt, ist absolut unrichtig, ist keine Construction, hingegen eine schwerfällige, gezwungene Construction ist, so lange man keine bessere an ihre Stelle setzen kann, berechtigt und unentbehrlich. In dieser letzteren Hinsicht gibt es also Gradationen, vollkommnere und unvollkommnere Constructionen. Der Vergleich mit der Kunst trifft selbst insofern zu, daß wir von einem verschiedenen Kunststyl verschiedener Epochen der Jurisprudenz sprechen können, wie denn z. B. die Verschiedenheit der ältern und neuern römischen Jurisprudenz in dieser Hinsicht sich einem aufmerksamen Beobachter kaum entziehen kann und von uns an den betreffenden Stellen angedeutet werden soll. Der Styl der ältern Jurisprudenz charakterisirt sich vorzugsweise durch das Bestreben einer plastischen Darstellung und Motivirung innerer Thatsachen und Vorgänge, während die spätere Jurisprudenz mehr mit begrifflichen, innerlichen Mitteln operirt z. B. das Scheingeschäft durch Fictionen ersetzt.

Einer näheren Ausführung dieses dritten Gesetzes enthalte ich mich, da sie zum Zweck des Verständnisses der altrömischen

---

523) Den römischen Juristen schwebte dieselbe Vorstellung vor, sie kannten ein juristisches Schönheitsgefühl und erkannten es als berechtigt an, man denke z. B. an den Vorwurf einer inelegantia juris (bei Gajus I §. 84. 85) und an das angebliche Gesetz der Symmetrie (L. 35 de R. J. 50. 17).

Technik nicht geboten erſcheint, und die Beiſpiele, die letztere uns vorführen wird, auch ohne Commentar verſtändlich ſind. Darum nur folgende Bemerkungen. Je *einfacher* die Conſtruction, um ſo vollkommner d. h. anſchaulicher, durchſichtiger iſt ſie; in der höchſten Einfachheit bewährt ſich auch hier die höchſte Kunſt. Die verwickeltſten Verhältniſſe ſind von den Römern nicht ſelten mit den einfachſten Mitteln conſtruirt (man denke z. B. an die juriſtiſche Perſon), und Conſtructionen, die den Eindruck des Gekünſtelten, Complicirten machen, dürfen uns mit gerechtem Mißtrauen erfüllen. *Anſchaulich* iſt die Conſtruction, wenn ſie das Verhältniß unter einem Geſichtspunkt erfaßt, der unſerer Vorſtellung leicht zugänglich iſt (wie z. B. bei dem Begriff der univ. rerum distantium); *durchſichtig*, wenn die Conſequenzen des Verhältniſſes in dieſem Geſichtspunkt offen hervortreten, wie in dem Begriff der juriſtiſchen Perſon; *natürlich*, wenn die Conſtruction keine Abweichung von dem, was ſonſt in der ſinnlichen oder geiſtigen Welt vor ſich geht,[524]) poſtulirt. Beruht unſere ganze Conſtruction einmal auf einer naturhiſtoriſchen Anſchauung, ſo iſt es erklärlich, daß ſie ſich den Geſetzen und Vorgängen der Natur möglichſt eng anzuſchließen, ſie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichſt nachzubilden ſucht, und nicht ſelten

524) Solche der Anſchauung der natürlichen Welt entnommene, von den römiſchen Juriſten für die juriſtiſche Conſtruction adoptirte Sätze ſind z. B.: was einmal untergegangen, kann ſeine alte Exiſtenz nicht wieder erlangen; Geſchehenes läßt ſich nicht ändern (z. B. L. 2 de resc. vendit. 18. 5); perire non potuit, quod quis nondum habuit L. 26 pr. de usufr. leg. (33. 2); Anfang und Ende, Urſache und Wirkung verſtatten kein vacuum in der Mitte (darauf beruht die logiſche Nothwendigkeit der rückwirkenden Kraft der Bedingung; ſ. das weitere bei der Theorie der Rechtsgeſchäfte). Dahin gehört der Gedanke vom Gleichgewicht der Kräfte, mit dem z. B. Venulejus L. 13 de duob. reis (45. 2) operirt: cum vero ejusdem potestatis sint, non potest reperiri, qua re altera potius quam altera consumatur. L. 5 de fidej. (46. 1), womit auch der Satz: melior est conditio possidentis zuſammenhängt; ferner die Deduction der Unmöglichkeit einer compossessio in solidum in L. 3 §. 5 de poss. (41. 2).

scheint das „naturale" der Römer eben diese Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben.[525])

Die bisherige Erörterung hat uns die Anforderungen angegeben, denen die juristische Construction zu entsprechen hat, es mögen jetzt noch einige Worte folgen über die Mittel, die sie zu diesem Zweck in Anwendung bringt, ich nenne sie den Constructionsapparat.

Die niederste Stufe in demselben nehmen ein die von der Sprache recipirten Bilder, z. B. der servus poenae, die Bezeichnung der Servituten als jura praediorum, die der reivindicatio als actio in rem, die des Pfandrechts als obligatio rei. Eine Sache kann weder ein Recht haben, noch verklagt werden, noch Subject einer Obligation sein. Allerdings kennt unsere Wissenschaft die Möglichkeit einer Personificirung dessen, was in Wirklichkeit nicht Person ist, allein in jenen Fällen ist daran nicht zu denken, die Personification ist hier keine juristische, sondern eine bloß figürliche. Nichts desto weniger aber glaube ich jene Ausdrücke als Constructionsversuche vom Standpunkt der natürlichen Auffassungsweise bezeichnen zu dürfen — hat man doch sogar wirkliche Constructionen in ihnen finden wollen — und es läßt sich nicht läugnen, daß sie mit Geschick gewählt sind und der Anschauung höchst brauchbare Anhaltspunkte gewähren. Als gleichfalls einer niederen Stufe angehörige Constructionsmittel nenne ich sodann die Scheingeschäfte, die hier aber nicht weiter besprochen werden sollen, da das ältere Recht uns Gelegenheit genug darbietet, sie kennen zu lernen. An sie reihen sich sodann die Fictionen, die häufig nur das Caput mortuum früherer Scheingeschäfte sind. Eine gewisse Aehnlichkeit mit der Fiction hat die künstliche Erweiterung natürlicher Begriffe

525) z. B. in der freilich nicht ganz richtigen Abstraction der Gleichheit der Entstehungs- und Endigungsarten L. 35 de R. J. (50. 17): nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est.

z. B. die Ausdehnung des Fruchtbegriffs auf das uti (fructus civiles), die der Person auf juristische Personen, die der Sache auf Complexe von Sachen (juristische Sachen) u. s. w. Eins der scheinbar künstlichsten Mittel in unserm römischen Recht ist die rückwirkende Kraft; von ihr wird an einer andern Stelle die Rede sein. Uebrigens will ich bemerken, daß in den bei weitem meisten Fällen ein eigener Constructionsapparat gar nicht zur Anwendung kommt, sondern die Lösung einfach durch richtige Erfassung des Begriffs, durch Entdeckung und Benutzung begrifflicher Unterschiede, durch Vereinigung des an sich Verschiedenen unter einen höhern Gesichtspunkt, kurz auf dem Wege einer logischen Zersetzung und Durchdringung des Stoffs bewerkstelligt wird.

Es verbleibt uns jetzt als letzter Punkt noch die Frage nach dem eigenthümlichen technischen Werth und Nutzen der juristischen Construction. Wie verhält sich letztere zu der früher (§. 38) entwickelten höchsten Aufgabe der Technik, der Erleichterung der subjectiven Beherrschung des Rechts? Wir wollen das durch die Construction im Sinn der naturhistorischen Methode gestaltete Recht das *System* nennen und fassen den Inhalt der folgenden Ausführung in die beiden Sätze zusammen: das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des *positiv gegebenen* Stoffs; und: es ist die Quelle *neuen* Stoffs.

1. *Das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs.*

Die Erhebung des Rechts zum System im obigen Sinn entzieht demselben, wie bereits früher bemerkt, seine *äußerlich* praktische Form, ohne die *innere* praktische Kraft desselben zu vermindern. Alle unsere Begriffe, Eintheilungen sind praktische Potenzen; gewonnen aus *Rechtssätzen*, lassen sie sich jederzeit von dem, der es versteht, wiederum auf sie zurückführen. (Bd. 1 S. 38.)

Wenn nun jene Umwandlung einerseits die bisherige Brauchbarkeit des Stoffs um nichts beeinträchtigt, so vervollkommnet sie ihn andererseits dagegen in höchst wesentlicher Weise.

Erstens: das System ist die *anschaulichste*, weil *plastische* Form des Stoffs. Während derselbe bisher als rein stoffartige Substanz mit dem *Gedächtniß* erfaßt werden mußte, geschieht dies jetzt vermittelst des juristischen *Anschauungsvermögens* der Intuition. Das Charakteristische der *Anschauung* liegt in der Einheit, Totalität und Simultaneität des Bildes, das sie dem Geist vorführt. Die Anschauung sucht nicht erst das Einzelne zusammen, wie das Gedächtniß, sondern sie hat dasselbe gleichzeitig und in seinem ganzen Zusammenhang vor Augen. Dies setzt aber voraus, daß ein solcher Zusammenhang, eine Einheit, kurz ein objectiv Anschauliches existire. Diese objective Anschaulichkeit wird nun für das Recht eben begründet durch das System. Denn im System hat ja der Stoff plastische Formen angenommen, er hat sich getheilt und zusammengethan zu einzelnen individuell bestimmten Körpern. Jeder solcher Körper ist der Träger einer Masse von Rechtssätzen oder richtiger nicht ein bloßer Träger, ein mit ihnen behangenes Gerippe, sondern er ist sie selbst, sie sind sein Fleisch und Blut geworden. In ihm hat die Masse individuellen Ausdruck und die Möglichkeit eines *Totaleindrucks* gewonnen. Jeder dieser Körper hat für uns seine bestimmte Physiognomie und Individualität, und wer längern Verkehr mit ihnen gepflogen, dem werden sie wie alte Bekannte — er kennt sie, wo und wie er sie trifft (Diagnose), und er weiß, was sie können und nicht können, ohne daß er nöthig hätte, viel darüber zu reflectiren und sich der Gründe bewußt zu werden.

Wie sehr nun durch diese Möglichkeit, das Recht mit der *Anschauung* zu erfassen, unsere ganze Beschäftigung mit demselben gewinnt, gewinnt an *Raschheit*, *Sicherheit*, *Leichtigkeit* — das werde ich dem eignen Nachdenken des Lesers überlassen dürfen.

Zweitens: das System ist die *bequemste*, weil *kürzeste*, *concentrirteste* Form des Stoffs — eine Behauptung, die nach den Ausführungen in diesem und den vorhergehenden Paragraphen keiner weiteren Erörterung bedarf.

Drittens: das System ist die ergiebigste, durchsichtigste Form des Stoffs. In dieser Form wird die ganze Fülle seines Inhalts zu Tage gefördert, alles, was in ihm steckt, hervorgetrieben: die Beziehungen der entferntesten Punkte, die feinsten Unterschiede und Aehnlichkeiten, die stillschweigenden Voraussetzungen, die dem Gesetz zu Grunde liegen, und die gerade wegen ihrer Natürlichkeit und Nothwendigkeit sich der Beobachtung entziehen konnten, die allgemeineren Principien, die zu abstract, zu ätherisch waren, als daß der Gesetzgeber ihre Anwesenheit und Influenz bei dem Act der Rechtsproduction hätte wahrnehmen sollen — kurz das Innerste und Geheimste des Stoffs wird ins Bewußtsein gebracht. Darum könnte man die naturhistorische Methode etwa die peinliche Frage des Rechts nennen, die den Stoff zum Geständniß zwingt. Jene allgemeinen Kategorien, die wir oben mitgetheilt haben: Entstehung, Untergang, Eigenschaften u. s. w. des Rechtskörpers sind zwar an sich inhaltslos, formal, allein so wie sie mit dem Stoff in Verbindung gesetzt werden, entwickeln sie eine außerordentliche dialektische Triebkraft. Immerhin mögen sie nur Fragen sein, die wir an ihn richten, allein die Frage ist der erste Schritt zur Erkenntniß, ja nicht selten die Erkenntniß selbst. Allerdings versorgt uns auch die Praxis täglich mit Fragen und verhilft uns dadurch mittelbar zu einer Erweiterung unserer Kenntnisse, allein die Fragen der Praxis sind nicht immer gerade die lehrreichsten. Eine völlig unpraktische Frage, die aber das Institut, so zu sagen, an seiner empfindlichsten Stelle, an seiner Wurzel erfaßt, kann für die wahrhafte Erkenntniß desselben unendlich viel wichtiger sein, und mit der Beantwortung einer solchen Frage können mittelbar eine Reihe der praktisch-wichtigsten Fragen, die man bisher auf unmittelbarem Wege vergebens zu lösen suchte, ihre definitive Erledigung finden.[528] So wie die Naturwissenschaft die für das

528) So z. B. hat die Frage von dem Vertragsabschluß mit einem Tauben ein höchst geringes Interesse, und doch ist sie für die Untersuchung der

Leben folgenreichsten Entdeckungen in der Regel bei Fragen und Untersuchungen macht, die von vornherein gar keine praktische Beziehung hatten, und wie die Wissenschaft hier gerade dadurch dem Leben *dient*, daß sie sich demselben *entzieht*, so auch die Jurisprudenz. Ihre besten Entdeckungen macht sie nicht selten in völlig unpraktischen Regionen, und hätten die römischen Juristen uns auch sonst nichts gelehrt, wir wären ihnen schon für die eine Lehre zum ewigen Dank verpflichtet: daß nämlich die *Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen beschränken darf.*

So enthält also das System die Emancipation der Jurisprudenz von dem Zufall des unmittelbaren Bedürfnisses; auf ihm beruht also die eigentliche *wissenschaftliche Freiheit der Jurisprudenz*. Mit dieser Bemerkung aber treffen wir zugleich unsern zweiten Hauptsatz, nämlich

2. *Das System ist eine unversiegbare Quelle neuen Stoffs.*[529a])

Wenn die Jurisprudenz bloß erschließt, was der Gesetzgeber

Natur des Vertragsabschlusses höchst förderlich, s. die Stelle von Merlin bei *Regelsberger* Civilrechtl. Erörterungen, Heft 1 Weimar 1868 S. 13.

529a) Ich weiß nicht, ob die Bemerkungen von *Arnold*, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 204 u. 430 gegen den obigen Satz gerichtet sein sollen, jedenfalls würden sie dann auf dem doppelten Mißverständniß beruhen, einmal, als ob ich unter *System* bloß die äußere Anordnung der Begriffe verstehe, während ich doch mich S. 366 deutlich darüber ausgesprochen habe, in welchem Sinn ich diesen Ausdruck gebrauche, nämlich als das Ganze der zur juristisch-begrifflichen Form erhobenen Rechtsbestimmungen. Ich kann unmöglich annehmen, daß der genannte Gelehrte die Thatsache hat läugnen wollen, von der jedes Blatt des corpus juris Zeugniß ablegt, daß die in dem System in *diesem* Sinn gebundene oder richtiger lebendige dialektische Kraft sich als eine unversiegbare Quelle neuer Rechtswahrheiten bewährt hat und täglich bewährt. Das zweite Mißverständniß würde darin bestehen, als ob ich meinte, daß die Jurisprudenz dieses Ganze aus dem Nichts geschaffen, während ich den „Stoff" doch als gegeben voraussetze (S. 344) und der Jurisprudenz nur die Aufgabe seiner Erhebung zu einer höhern d. h begrifflichen Form vindicire, womit sich aber sehr wohl

mittelbar geſetzt und gegeben hat, ſo kann man hier nur uneigentlich von einem *neuen* Stoff reden; es iſt nicht ſowohl eine Production als eine Enthüllung.[529]) Dagegen gibt es auch eine juriſtiſche Production im ſtrengſten Sinn, die Hervorbringung eines abſolut neuen Stoffes. Wer nur die oberflächlichſte Anſchauung von den Arbeiten der römiſchen Juriſten hat, muß ſie kennen; denn jedes Blatt unſerer juſtinianeiſchen Pandekten legt Zeugniß von ihr ab. Wie viele Lehren hat die römiſche Jurisprudenz geſchaffen, zu denen das poſitive Recht ihr auch nicht den geringſten Anhaltspunkt, den leiſeſten Anſtoß gegeben hat! Welches Geſetz hatte z. B. etwas beſtimmt über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Servituten, des Pfandrechts u. ſ. w.? Und doch iſt dieſe Lehre von der Theilbarkeit eine der ſtoffreichſten, umfangreichſten die es gibt. Oder wo ſtand etwas über den Eigenthumserwerb durch Specification und Acceſſion? Kurz dieſe Lehren ſind wahrhafte juriſtiſche Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der *juriſtiſchen Speculation*. Der Stoff z. B., aus dem die Jurisprudenz die Lehre von der Specification und Acceſſion bildete, war nichts als der allgemein logiſche Begriff der *Identität*, angewandt auf die *Umgeſtaltung einer Sache*.

---

verträgt, daß ſie in Fällen, wo der Geſetzgeber ſie abſolut im Stich läßt, ſelber ſich zu helfen ſucht und hier ſowohl in materieller wie formeller Beziehung eine ſchöpferiſche Thätigkeit entwickelt. Auch das meine ich nicht, als ob, um den Gegenſatz in der Sprache der römiſchen Juriſten zu bezeichnen, die „utilitas" vor der „ratio juris" verſtummen müßte, aber das meine ich allerdings und daran halte ich ſtets feſt, daß die Jurisprudenz an der Hand der ratio juris überall ſo weit vorſchreiten ſoll, bis die utilitas ihr in den Weg tritt und Proteſt einlegt; wenn ſie das nicht dürfte, ſo würde ihr nichts übrig bleiben als die Paragraphen des Geſetzbuchs auswendig zu lernen; wo dieſe nicht ausreichten, müßte der Geſetzgeber ſelber den Proceß entſcheiden. Meine Ausführungen über die „Ueberſchätzung des logiſchen Elements im Recht" in B. 3 §. 59 werden mich hoffentlich in Zukunft gegen ähnliche Mißverſtändniſſe ſchützen.

529) Man kann Gajus Worte von der Specification hier anwenden: non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

Das praktische Leben kann dieser Ergänzung des positiven Rechts durch die Jurisprudenz gar nicht entrathen und letztere sich ihr eben darum, auch wenn sie möchte, gar nicht entziehen. Jede Jurisprudenz producirt,[530]) selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist und wohl gar sich in der Theorie das Recht dazu abspricht, wie dies ja noch heutzutage von Manchen geschieht. Es war ein ganz richtiges Gefühl, das einen Juristen des vorigen Jahrhunderts, den Germanisten Runde, bestimmte, die Natur der Sache als Rechtsquelle aufzustellen; es gibt kaum einen Ausdruck, welcher der von mir im Bisherigen entwickelten naturhistorischen Anschauung sowohl der Sache wie dem Namen nach so nahe käme.

Wie sehr nun diese juristische Production durch die naturhistorische Auffassungsweise bedingt ist, bedarf schwerlich einer Erläuterung. Vom Standpunkt der niedern Jurisprudenz ist sie schlechterdings nicht zu begründen, vom Standpunkt der höhern aus hingegen ergibt sie sich als nothwendige Consequenz. Haben wir einmal die Vorstellung der Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich läßt d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper.

So öffnet sich denn der Wissenschaft im System ein unabsehbares Gebiet der Thätigkeit, ein unerschöpfliches Feld des Forschens und Entdeckens und eine Quelle des reichsten Genusses. Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr hier die Gränzmarken ihres Reichs, nicht die unmittelbar

---

530) Darum bezeichneten die spätern römischen Juristen ihre Vorgänger aus der Zeit der Republik ganz zutreffend als veteres, qui tunc jura condiderunt.

praktiſchen Fragen die Pfade, die ſie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philoſophie, kann der Gedanke hier ſchweifen und forſchen und dennoch zugleich ſicher gegen die Gefahr ſich zu verlieren, die ihm dort ſo leicht droht. Denn die praktiſche Natur der Welt, in die er ſich verſetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber daß er, indem er zurückkehrt, ſich geſtehen darf, nicht einem bloß ſubjectiven Erkenntnißdrange genügt zu haben, nicht die bloße Erinnerung an einen hohen geiſtigen Genuß, ſondern etwas für die Welt und Menſchheit Werthvolles mit zurückzubringen, daß die Gedanken, die er gefunden, keine bloßen Gedanken bleiben, ſondern praktiſche Gewalten werden — eben das gibt all unſerm Philoſophiren und Conſtruiren in der Dogmatik erſt ſeinen wahren Werth.

Bringen wir dieſe Auffaſſung der Jurisprudenz, dieſe Anſchauung des Rechts mit, dann glaube ich wird es uns nicht Wunder nehmen, daß dieſe Wiſſenſchaft mehr als ein halbes Jahrtauſend in Rom die äußerſte Anziehungskraft ausüben und den Rang der erſten Wiſſenſchaft einnehmen konnte. Sie gewährte dem römiſchen Geiſt, ſo zu ſagen, die Arena einer dialektiſchen Gymnaſtik. Sie erklärt uns zugleich, daß und warum die Römer keine Philoſophie hatten, denn alles, was an philoſophiſchem Trieb und Talent in ihnen war, hat in ihr ſeine Befriedigung und ſeinen Auslaß gefunden. Und ſo wird es ſich rechtfertigen, wenn wir, indem wir uns ihr jetzt zuwenden, ſie von vornherein charakteriſiren als: das durch die praktiſche Richtung des Römervolkes beſtimmte geiſtige Gebiet, auf dem das, was an philoſophiſchem Sinn und Triebe in ihnen war, zum Vorſchein und zur Entfaltung gelangte, oder kurz weg als die national-römiſche Philoſophie.

B. Die Technik des ältern Rechts.

Die Jurisprudenz.

Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engern Sinn — der pontificische Styl — das Ende der pontificischen Herrschaft.

XLII. Nach einer langen Abschweifung haben wir jetzt wieder historischen Grund und Boden erreicht. Allein bevor ich ihn betrete, muß ich mir noch eine Bemerkung über das Verhältniß des vorhergehenden Abschnitts zu dem gegenwärtigen erlauben, nicht bloß zu meiner eignen Rechtfertigung, sondern auch im Interesse des Lesers. Meine Darstellung der Theorie der Technik nämlich ist nicht bloß darauf berechnet, das Verständniß des ältern, sondern auch das des spätern Rechts vorzubereiten. An irgend einer Stelle mußte ich sie einschalten, die gegenwärtige Stelle aber schien mir die passendste zu sein, weil uns hier die Frage von der Technik zum ersten Mal begegnete. Ich habe mich jedoch bei meiner Darstellung nicht durch die Rücksicht auf das ältere Recht beengen lassen, ich konnte nicht ängstlich abwägen, ob alles und jedes, was ich sagte, unmittelbar im älteren Recht seine Anwendung finde; ich hatte nur die Wahl, die Theorie der Technik entweder in ihrem ganzen Zusammenhang oder gar nicht zu behandeln. Dieser Zusammenhang aber brachte es mit sich, daß ich der Technik bis zu ihrem äußersten Höhenpunkt, bis zur Höhe der ausgebildeten Wissenschaft folgte, und gerade der Umstand, daß der Schluß unserer Einleitung uns auf diesem Punkt gelassen hat, machte das gegenwärtige Vorwort nöthig. Denn dieser äußerste Punkt liegt für uns gegenwärtig noch zu hoch. Er bildet allerdings das Ziel, dem das ältere Recht nachstrebt, und insofern war uns auch die Kenntniß dieses Punktes unentbehrlich, allein das ältere Recht war, wenn auch dem Ziele ungleich näher, als man gewöhnlich annimmt, doch nur auf dem Wege zu ihm.

Indem wir nun an das ältere Recht herantreten, wollen wir uns in unſeren Erwartungen möglichſt herabſtimmen. Daß wir eine Technik finden werden, wiſſen wir, denn eine Technik hat jedes Recht, auch das ungebildetſte, ſie iſt vor aller Jurisprudenz da (S. 309). Aber ob wir bereits eine Jurisprudenz antreffen werden, davon wiſſen wir noch nichts; dies muß vielmehr erſt Sache der hiſtoriſchen Unterſuchung ſein. Ich halte es nun für nöthig, dieſe Frage gleich hier beim Eintritt in das ältere Recht zu beantworten, wäre es auch nur, um mir dadurch das Recht zu verſchaffen, im Verlauf der Darſtellung von Juriſten zu ſprechen, aber ich faſſe ſie hier ganz äußerlich, ich frage nämlich nur: kannte das ältere Recht bereits den äußern Gegenſatz zwiſchen Juriſten und Laien, gab es eine eigene Claſſe von Leuten, deren Beruf in der Kenntniß und Anwendung des Rechts beſtand? Ob ihnen der Name von „Juriſten im eigentlichen Sinn" abzuſprechen ſei,[531] ob ihr Können und Wiſſen den Namen eines juriſtiſchen verdiene, iſt eine Frage, die ſich erſt beantworten läßt, wenn wir mit ihren Leiſtungen vertraut geworden ſind, alſo erſt am Schluß dieſes ganzen Abſchnittes. Uebrigens iſt jenes äußerliche Moment, nach dem ich die Frage hier beantworte, bei weitem nicht ſo äußerlich, wie es ſcheint. Dieſe äußere Abſperrung der Jurisprudenz iſt der erſte Anſatz zur inneren Entwickelung derſelben als Wiſſenſchaft; damit der Kern ſich entwickele, bedarf er der Schale, und wenn die Schale ſich bildet, ſo iſt das ein Zeichen, daß der Kern ſelber bereits angeſetzt hat.

Wer den Gegenſatz zwiſchen Juriſten und Laien als etwas Unnatürliches betrachtet, für den hat die Unnatürlichkeit in Rom ſchon früh begonnen, denn er iſt eine der erſten rechtshiſtoriſchen

531) Wie Puchta Curſus der Inſtit. Bd. 1 §. 76 es will. Das Wiſſen der ältern Juriſten hätte ſich, meint er, von dem eines jeden Andern nicht qualitativ, ſondern bloß quantitativ unterſchieden, Juriſten im eigentlichen Sinn könne man ſie nicht nennen.

Thatsachen, von denen die Tradition zu berichten weiß. Ja sie gibt ihm sogar die Gestalt einer förmlichen Geheimnißkrämerei, welche die Juristen mit dem Recht getrieben hätten, um sich dem Volk unentbehrlich zu machen.[532] Die historische Kritik hat diese Mittheilung als eine handgreifliche Erdichtung einfach zur Seite schieben wollen;[533] richtiger wäre es gewesen zu fragen, wie sich, wenn an der Sache gar nichts Wahres gewesen, eine solche Fabel hätte bilden können? Man hüte sich nur, die Uebertreibung erst selbst hineinzutragen. Daß das Volk sich in völliger Unkunde des Rechts befunden habe, wäre allerdings unglaublich, allein das ist auch nicht der Sinn jener Erzählung. Sondern der Sinn ist der: daß das Recht durch die Jurisprudenz dem Volk entfremdet worden sei, daß sich neben dem Volksrecht ein Juristenrecht gebildet habe, und diese Thatsache ist so wenig auffällig, daß sie im Gegentheil die unausbleibliche Folge ist, welche sich überall an das Auftreten und Wirken der Jurisprudenz knüpft. Die Sage hat diese Thatsache nur in ihrer Weise ausgeschmückt, indem sie, wie sie es so gern thut, als Werk der Absicht hinstellt, was ein unbeabsichtigtes und unvermeidliches Resultat der Verhältnisse ist. In jener Sage besitzen wir also einen Bericht über einen der wichtigsten Wendepunkte in der Geschichte des römischen Rechts, den Uebergang von der naiven Auffassung des Rechts zur Reflexion d. h. zur Jurisprudenz, und zwar besteht das Interessante und Beachtenswerthe dieses Berichts in zweierlei. Zuerst theilt er uns mit die Zeit, wann dieser Wendepunkt eingetreten ist, nämlich bald nach den XII Tafeln, und sodann — zwar nicht mit dürren Worten, aber für Jeden, der Sagen zu lesen versteht, nicht minder deutlich — wie tief der Riß, der damit erfolgte, vom Volk empfunden sein muß, welchen bleibenden Eindruck dieser Umschwung in der Erinnerung des Volks zurückgelassen hat. Und in

532) L. 2 §. 35 de orig. jur. (1. 2). Liv. IX, 46. Cicero pro Murena c. 11. Val. Max. II, 5 § 2.

533) Puchta Cursus der Inst. Bd. 1 §. 77.

der That war der Riß ein ſchroffer — um dies behaupten zu können, reichen unſere Nachrichten vollkommen aus — und zwar beruhte dieſe Schroffheit weſentlich mit auf der eigenthümlichen Form, welche die Jurisprudenz während der erſten Jahrhunderte ihres Beſtehens an ſich trug.

Die Kenntniß der Geſetze, die Kunſt der Interpretation und die Legis Actionen, berichtet uns Pomponius,[534] waren in der Zeit nach den XII Tafeln in den Händen der Pontifices, und jährlich ward ein Mitglied aus dem Collegium zur Handhabung der Rechtspflege (qui praeesset privatis) committirt. Derſelbe Pomponius aber ſpricht in §. 27 des citirten Fragments von einem gleichzeitigen jus dicere der Conſuln. Wie vereinigt ſich beides? Vielleicht in folgender Weiſe. Alle Maßregeln, welche Ausflüſſe des imperium waren z. B. die addictio des Schuldners, der Erlaß eines Befehls u. ſ. w., konnten nur von dem Magiſtrat verhängt werden, die Entſcheidung eigentlicher Prozeſſe dagegen fiel den Pontifices anheim. Dies aber mit einer Beſchränkung. Mit Streitigkeiten nämlich, die keine Rechtskenntniß vorausſetzten z. B. über Theilung eines Nachlaſſes zwiſchen den Erben, Taxation einer Sache, über Regulirung des Laufs der Gewäſſer brauchte man die Pontifices nicht zu behelligen; jeder Bürger und Bauer war hier eben ſo brauchbar und vielleicht brauchbarer als ſie. Für derartige Rechtsſtreitigkeiten (jurgium, arbitrium) war höchſt wahrſcheinlich die legis actio per judicis arbitrive postulationem beſtimmt, und zwar ward der Antrag auf Beſtellung eines ſolchen Richters aus dem Volk beim Conſul, nach Einführung der Prätur beim Prätor geſtellt.[535] Im übrigen waren ausſchließlich die Pontifices competent, wie ſchon daraus hervorgeht, daß die einzige eigentliche

534) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

535) Die betreffende Formel bei Valerius Probus §. 4 lautet nach der ohne Zweifel allein richtigen Lesart, die der neueſte Herausgeber, Th. Mommſen, in den Text aufgenommen, ſo: te, Praetor, judicem arbitrumve postulo uti des. Praetor hieß bekanntlich früher auch der Conſul.

Prozeßform, die wir für das ältere Recht annehmen dürfen, die legis actio sacramento[536]) in ihrer ursprünglichen Gestalt unverkennbar auf eine Mitwirkung von ihrer Seite hinweist. Das sacramentum ward anfänglich bei dem pons publicius (Bd. 1 S. 298) deponirt und fiel nicht, wie später, dem Staat, sondern dem religiösen Fond zu. Den Gerichtshof der Pontifices dürfen wir nun für jene Zeit als den Sitz der eigentlichen Justiz und Jurisprudenz bezeichnen, und wir brauchen bloß den Umstand, daß es eine ständige und geistliche Behörde war, in Anschlag zu bringen, um die Nachrichten über den Charakter und die Stellung der ältesten Jurisprudenz begreiflich zu finden. Wären die Pontifices auch von jener Tendenz nach einem esoterischen Wissen, die alle Priesterschaften des Alterthums beseelte,[536a]) völlig frei gewesen — und in dieser Allgemeinheit wäre die Behauptung mehr als gewagt, denn in der römischen Religion tritt der Zug nach dem Geheimnißvollen deutlich hervor — bei einer Genossenschaft, deren verfassungsmäßiger Beruf das Wissen und die Gelehrsamkeit war, deren Stellung nicht bloß eine höhere Einsicht, sondern auch die Verpflichtung, den Glauben daran im Volke zu erhalten, mit sich brachte, die aus lebenslänglichen sich selbst ergänzenden Mitgliedern patricischen Standes bestand, bei einer solchen Genossenschaft mußte das Recht mit Nothwendigkeit einer gewissen gelehrten Abgeschlossenheit verfallen und die erforderliche Kenntniß desselben sich mehr und mehr auf das Collegium zurückziehen. Man hat dies „im Angesicht der Volkssitte, in der

536) Von den fünf legis actiones war die per pignoris capionem eine außergerichtliche, die per manus injectionem und per judicis postulationem gehörte ausschließlich vor den Magistrat, die durch sacramentum ausschließlich vor die pontifices; von der per condictionem wird später die Rede sein.

536a) K. S. Zachariä betrachtete dies sogar als einen Zug jeder Priesterherrschaft überhaupt. „Die geistlichen Herrschaften halten die Gesetze, nach welchen sie gebieten, fast immer vor dem Volke geheim. So verboten die Päbste das Lesen der heiligen Schriften." Vierzig Bücher vom Staate Bd. 3 S. 22 (Aufl. 2).

das Recht lebte und webte, der geſchriebenen Geſetze, die öffentlich ausgeſtellt waren, endlich der allervollkommenſten Oeffentlichkeit der Gerichte" (Puchta) für unmöglich gehalten und die Differenz zwiſchen den Juriſten und Laien der damaligen Zeit nicht in eine Verſchiedenheit ihres Wiſſens, ſondern des Könnens ſetzen wollen; die Ueberlegenheit der erſteren habe ſich lediglich auf die Anwendung des Rechts bezogen. Allein dieſer Behauptung ſtehen nicht bloß alle äußern Zeugniſſe, ſondern auch die innere Wahrſcheinlichkeit entgegen. Waren auch die Geſetze Jedermann vor Augen, ſo war doch die Interpretation Sache der Pontifices;[537] bot auch die Oeffentlichkeit der Gerichtsſitzungen Gelegenheit, den Gang des Verfahrens und das rein Aeußerliche der Klagformulare kennen zu lernen, ſo war doch ſchon die Kenntniß, wo und wie die verſchiedenen Formeln anzuwenden, welcher Sinn mit ihnen zu verbinden, etwas mehr Theoretiſches, durch das bloße Zuſehen nicht ſo leicht zu Erlernendes.[537a] Der entſcheidende Umſtand jedoch iſt der, daß es außer der Volksſitte und den Geſetzen noch eine dritte Rechtsquelle, das Recht der Wiſſenſchaft oder das jus civile im engern Sinn[538] gab, zu der nur der Pontifex völlig freien Zutritt hatte.

Als nothwendiger Inhalt dieſer pontificiſchen Rechts-

---

537) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

537a) Bemerkt doch noch Cicero ad Fratr. II 15 §. 3, daß in tanta multitudine eorum qui una essent, nullum fuisse, qui vadimonium concipere posset.

538) S. die Darſtellung bei Pomponius L. 2 §. 5, 6 cit., in der das jus civile oder das alte Juriſten-Recht ſich unmittelbar an die XII Tafeln anſchließt. Wie wenig man übrigens nöthig hat in die Zeiten der älteſten römiſchen Jurisprudenz zurückzugehen, um den Klagen über die Geheimnißkrämerei der Juriſten zu begegnen, zeigt die preußiſche Kabinetsordre vom 14. April 1780 über die Codification der Provinzialrechte und des gemeinen Rechts §. 5 . . „ſo werden freilich viele Rechtsgelehrten bei der Simplification dieſer Sache ihr geheimnißvolles Anſehn verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütze werden." Heydemann, Einleitung in das Syſtem des preuß. Civilrechts I S. 19.

disciplin stellt sich uns zunächst dar die Kenntniß der bisherigen Praxis. Daß der Boden zur Bildung einer constanten Praxis ein höchst geeigneter war, wird eben so wenig der Bemerkung bedürfen, als daß die Fortpflanzung derselben durch schriftliche und mündliche Tradition sich der Natur der Sache nach nur auf die Mitglieder des Collegs beschränkte. Im Volke mußte die Erinnerung wichtiger Rechtsfälle und Entscheidungen leicht verfliegen, bei jenem Colleg hingegen ward sie fixirt und pflanzte sich treu von einer Generation zur andern fort.[539]) Den zweiten Bestandtheil dieser Disciplin bildete die eigentliche Lehre, die von den Pontifices selbst entworfene Theorie des Rechts. Eine unabweisbare Aufforderung zur Ausarbeitung einer eigenen, selbständigen Theorie des Rechts lag in der religiösen Beziehung desselben. Soweit diese Beziehung reichte — und, wie wir Bd. 1 S. 294 gesehen, reichte sie im ältern Recht sehr weit — fand die gesetzgebende Gewalt des Volks keinen Raum; hier waren nur die Pontifices competent, das fas dürfen wir ausschließlich als ihr Werk betrachten. Allein ihre gestaltende und rechtsbildende Thätigkeit erstreckte sich eben sowohl auf das jus. Ganz abgesehen davon, daß ihnen gleichmäßig die Anwendung des jus wie des fas anvertraut war, und ein gewisser rechtsbildender Einfluß von jeder Anwendung des Rechts untrennbar ist, so ließ sich, selbst wenn sie aus irgend welchem Grunde ihre Doctrinen auf das fas hätten beschränken wollen, doch eine strenge Gränzlinie zwischen beiden Gebieten des Rechts in manchen Verhältnissen gar nicht ziehen. Wie Vieles war beiden völlig gemeinsam (man denke z. B. an die Lehre von der Zeit) und wie oft erforderte die Durchführung irgend eines Zwecks oder Gesichtspunkts des fas die Unterordnung des jus d. h. eine entsprechende Ge-

539) Wie fest und treu die römische juristische Tradition war, dafür gibt die Notiz bei Pomponius l. 2 §. 38 de orig. jur. (1. 2) über den ersten plebejischen Pontifex Maximus, Tib. Coruncanius, daß man von demselben zwar keine Schriften, aber eine Reihe wichtiger Responsen kenne, einen eclatanten Beleg. Beide Juristen trennte ein Zeitraum von vier Jahrhunderten!

ſtaltung der profanen Seite des Inſtituts (man denke z. B. an das, was Gajus II, 55 über das urſprüngliche Motiv der usucapio pro herede berichtet). Und ſodann: wenn einmal die Pontifices, wie wir nachher ſehen werden, im Beſitz einer gewiſſen Methode und gewiſſer allgemeinen Anſchauungen waren, durch welche ſie ſich bei der Geſtaltung des fas beſtimmen ließen: wie kann man annehmen, daß ſie dieſelben beim jus hätten verläugnen, oder, wenn nicht, daß letztere ſich für das jus minder fruchtbar hätten erweiſen ſollen als im fas? Aber ganz abgeſehen von dieſer Einwirkung des fas auf das jus, wie kann man überhaupt nur daran zweifeln, daß eine ſo feſt gegliederte, abgeſchloſſene, mit einem ſolchen Nimbus umgebene und mit einer ſolchen Macht ausgeſtattete Jurisprudenz, wie dieſe, nicht mindeſtens denſelben, ich meine nicht den bloß formell-geſtaltenden, ſondern den materiell-productiven Einfluß auf das Recht ſollte gewonnen haben, den die Jurisprudenz ſogar bei einer ungleich ungünſtigeren Stellung erfahrungsmäßig überall auszuüben pflegt? Schwerlich würde ſich der große Gegner, den wir hier bekämpfen, dieſer Einſicht verſchloſſen haben, wenn er nicht aus reinem Vorurtheil, oder indem er die Form mit der Sache verwechſelte, den Pontifices den Namen von Juriſten „im eigentlichen Sinn" von vornherein abgeſprochen hätte. Allein wenn man nicht etwa den Maßſtab der heutigen Jurisprudenz mitbringen will, ſo rechtfertigt ſich eine ſolche geringſchätzige Behandlung derſelben keineswegs. Sie waren Juriſten im ächten, wahren Sinn und in dem Maße würdige Vorgänger der ſpäteren römiſchen Juriſten, daß letztere nur dadurch, daß ſie auf ihren Schultern ſtanden, groß wurden. Sie hatten ihre Methode, und zwar eine ſehr ſtrenge und conſequente, ſie beſaßen ihre allgemeinen juriſtiſchen Anſchauungen und Axiome, die ſie zu einzelnen Rechtsſätzen verwertheten, und ihr Einfluß auf die ganze Geſtaltung des Rechts war meiner feſten Ueberzeugung nach ein ſo bedeutender, wie ſich die ſpätere römiſche Jurisprudenz, die ihn mit dem Prätor und Kaiſer theilen mußte, deſſelben nicht rühmen kann.

Doch ich anticipire bereits ein Urtheil, das sich erst, nachdem wir die Technik des ältern Rechts vollständig haben kennen lernen, wird motiviren lassen. An der gegenwärtigen Stelle handelt es sich nur darum, ob die Pontifices bereits eine eigene, dem Volk fremde Rechtsdisciplin, kurz eine Jurisprudenz hatten, und diese Fragen glaube ich mit aller Gewißheit beantworten zu können.

Die directen Nachrichten über die Leistungen der Pontifices auf dem Gebiet des Civilrechts sind spärlich, denn sie beschränken sich darauf, uns die Legisactionen als ihr Werk zu nennen.[540]) Freilich darf man die Bedeutung dieser Legisactionen nicht unterschätzen, denn sie enthielten nicht bloß die Form des Rechts, sondern zum großen Theil das Recht selbst. Allein für unseren Zweck gewähren sie uns doch kaum einen Anhaltspunkt. Eine um so ergiebigere Quelle aber zur Beantwortung unserer Fragen können wir uns dadurch erschließen, daß wir das ältere Civilrecht mit der alten Religion und dem fas vergleichen. Auf diesen letzten beiden Gebieten waren die Pontifices unbestrittenermaßen autonom; was sich hier findet, stammt jedenfalls von ihnen. Treffen wir nun auf dem Gebiete des Civilrechts dieselben Grundsätze, dieselbe Methode, kurz denselben Styl wieder, wie auf diesen beiden Gebieten, und zwar einen künstlichen, gelehrten Styl, wie er nur dem Techniker eigen, der Periode der reinen Volksthümlichkeit aber völlig fremd ist — in dem Fall werden wir, da wir einmal für zwei jener Gebiete den Styl mit aller Gewißheit als den pontificischen bezeichnen dürfen, zu der Behauptung berechtigt

---

540) Die legis actiones werden von spätern Schriftstellern auf die Bücher der Pontifices zurückgeführt, so von Cicero de orat. I, 43 (Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme S. 15) und Valerius Probus de notis antiquis. Der letztere Schriftsteller identificirt geradezu die monumenta pontificum (§. 1) mit den legis actiones (§. 4). S. darüber Th. Mommsen in seiner Ausgabe dieses Schriftstellers in den Berichten der Sächs. Gesellschaft der Wiss., philol.-histor. Classe 1853, S. 131 (besonderer Abdruck, Leipzig bei Hirzel).

ſein, daß alles, was innerhalb des Civilrechts in demſelben Styl gearbeitet iſt, im Weſentlichen von den Pontifices ſtammt. Um jedem Einwande gegen die Beweiskraft dieſes Schluſſes vorzubeugen, bemerke ich, daß die Annahme: es ſei dieſer Styl ſchon vor den Pontifices im Rechte heimiſch geweſen und von ihnen für die Religion und das fas adoptirt, in dem Maße gegen alle geſchichtlichen Geſetze verſtoßen würde, daß ſie einer ernſtlichen Widerlegung nicht bedarf. Gibt man aber den pontificiſchen Urſprung deſſelben zu, ſo wird eine andere denkbare Annahme, nämlich daß die Anwendung deſſelben auf das Civilrecht nicht von den Pontifices, ſondern erſt von den ſpätern Juriſten herrühre, ſchwerlich mehr Beifall finden, ohne daß ich damit in Abrede nehmen will, daß nicht die ſpätern Juriſten noch lange in derſelben Weiſe fortgearbeitet hätten, wie ihre Vorgänger, und daß alſo nicht alles und jedes, was im Geiſt der letzteren gearbeitet iſt, ihnen unmittelbar angehörte. Darauf aber kommt es auch nicht an, ob ſie den Bau ſelbſt bis ins Kleinſte ausgeführt, jeden einzelnen Stein ſelbſt eingefügt, ſondern ob ſie den Plan gemacht, den Styl beſtimmt und wenigſtens die Fundamente ſelbſt gelegt haben. Und davon, hoffe ich, ſoll der Leſer ſich im Folgenden überzeugen.

Wir vergleichen zu dem Zweck das ältere Recht mit der Religion, zunächſt rückſichtlich der Methode ihrer Bearbeitung. Die Methode iſt bei beiden genau dieſelbe, die charakteriſtiſchen Momente der ältern Technik, die uns die ſpätere Darſtellung vorführen wird, kehren ſämmtlich bei der Religion wieder. Zunächſt der Formalismus. Dieſelbe Beſtimmtheit,[541] dieſelbe ſcrupulöſe Genauigkeit in der Faſſung der Formeln,[542] dieſelbe Strenge in der Handhabung derſelben, wie im ältern Recht; das geringſte Verſehen im Ausſprechen der Formel begründete hier nicht minder

541) Verba certa, solemnia, legitima. S. die Belegſtellen bei Brissonius de voc. ac formul. lib. I, c. 181, 191 und anderwärts z. B. Festus sub fanum : .. certa verba. Cicero pro domo c. 47 .. solennibus verbis.

542) z. B. die Formel sive deus sive dea es und seu quo alio nomine appellari volueris. Brissonius a. a. O. c. 89.

wie im Legisactionenprozeß Nichtigkeit. [543]) Auf diese Uebereinstimmung will ich aber kein so hohes Gewicht legen, denn der Zug und Hang zum Formalismus steckte tief im römischen Volk selbst und bethätigte sich auch da, wo den Pontifices eine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Einfluß überall nicht zustand z. B. im öffentlichen Recht. Erhielt sich doch noch bis in die Periode der Aufklärung hinein der Glaube an die mystische Kraft gewisser Sprüche und Worte. [544])

Eine zweite Parallele zwischen Recht und Religion bieten uns die Umwege, Scheingeschäfte, [545]) kurz jene ganze Operationsmethode in Fällen, wo man auf directem Wege, ohne mit den bisherigen Grundsätzen in Widerspruch zu gerathen, den gewünschten Zweck nicht erreichen konnte. Auch dieser Erscheinung aber könnte man zur Noth noch in ähnlicher Weise wie der vorhergehenden die Beweiskraft absprechen. Dagegen halte ich dies für völlig unmöglich rücksichtlich eines dritten Punktes, nämlich der auf beiden Gebieten bis zur äußersten Consequenz in Anwendung gebrachten Methode der dialektischen Zersetzung. Wir werden bei der Technik sehen, daß gerade diese Methode, die Schärfe und Strenge, mit der sie durchgeführt ward, den entscheidenden Charakterzug des ältern Rechts begründet. Dieser charakteristische Zug der juristischen Technik nun findet sich in der Religion in

---

543) Ambrosch, die Religionsbücher der Römer S. 29, 30. Daher das Vorsprechen der von einem weltlichen Beamten anzuwendenden Formel (z. B. beim öffentlichen votum, bei der devotio, dedicatio u. s. w.) durch den Pontif. Maximus (Brissonius c. 181, c. 192 und anderwärts), die Zuziehung eines custos (Plinius Hist. nat. XXVIII, 3.)

544) Die classische Stelle darüber ist Plinius Hist. nat. XXXVIII, 3—5.

545) z. B. die Ersetzung der Menschenopfer durch geflochtene Binsenmänner. Hartung, römische Religion Bd. 2 S. 103 fl. Es galt ja, wie Serv. Aen. II, 116 sagt, als Grundsatz, daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen werde, und daß man daher, wenn man sich die nöthigen Thiere nicht verschaffen könne, sie von Wachs oder Brod nachformen könne. Hartung Bd. 1 S. 160. Wir haben diesen Punkt bereits Bd 1 S. 352 berührt.

einer Weiſe wieder, die jeden Gedanken an eine Zurückführung deſſelben auf das Volk abſolut unmöglich macht, und die nur in der ſcholaſtiſchen Literatur und in den Schriften der Talmudiſten und Jeſuiten, alſo ebenfalls theologiſch-juriſtiſcher Schriftgelehrten, ein Seitenſtück findet. In der Weiſe ſpaltet nicht der Glaube und eben ſo wenig das naive Rechtsgefühl des Volks. Die römiſchen Götter ſowohl wie die römiſchen Begriffe ſind zum großen Theil Producte des gelehrten Laboratoriums. Die ganze römiſche Götterlehre iſt nichts als ein Triumph oder richtiger eine Verirrung der zerſetzenden Kraft, ſie enthält keine Individuen von Fleiſch und Blut, wie die griechiſchen Götter es waren, ſondern ein Syſtem von abſtracten Unterſcheidungen. Alle Ereigniſſe und Erſcheinungen der Natur, alle Kräfte, Eigenſchaften, Tugenden, Fehler der Menſchen, ihre Zwecke, ihre Arbeit und ſelbſt die trivialſten Verrichtungen ſind bis ins Kleinſte hinein zergliedert, und aus jedem Begriffsatom ein Gott geſchaffen.[546] Ein Pontifex, der einen ſpitzfindigen Unterſchied entdeckte, hatte einem neuen Gotte das Leben gegeben!

So widerwärtig und unnatürlich eine derartige Behandlungsweiſe am religiöſen Stoff war, ſo vollkommen entſprechend war ſie dem rechtlichen, und wenn man den Pontifices einerſeits die abſtracten Götter mit Recht zum Vorwurf machen darf, ſo muß man andererſeits gegen die Götter die Rechtsbegriffe in die Wagſchale werfen.

Gehen wir von der Methode zum Einzelnen über, ſo findet ſich auch hier wiederum eine reiche Ausbeute. Zunächſt die intereſſante Thatſache,[547] daß die oberſte Eintheilung den Göttern und

546) S. Ambroſch in dem oben angeführten Werk, dem ich auch die im Texte folgende Notiz über die Claſſification der Götter nach der Kategorie von res und persona entnommen habe.

547) Dadurch rechtfertigt ſich alſo wenigſtens zum Theil die Vermuthung von Hugo (Civil. Magaz. Bd. 6 S. 284), die Eintheilung in res, personae und actiones ſei urſprünglich nicht für das Recht erfunden, ſondern nur auf daſſelbe übertragen; die Bedenken, die dagegen von Andern

dem Recht gemeinschaftlich war. Jener für die Systematik des römischen Rechts so wichtig gewordene Gegensatz von res und persona, nach dem von Gajus Zeit an das römische Recht anderthalb Jahrtausend vorgetragen ist, war ursprünglich ein Gesichtspunkt zur Classification der Götter, — die actiones in rem und in personam fanden ihr Vorbild unter den Göttern, auch letztere gingen, mit juristischem Ausdruck gesprochen, entweder in rem oder in personam, je nachdem das Verhältniß, der Gegenstand, den man ihnen zum Sitz bestimmt hatte, eine Sache oder eine Person betraf.

Es ist oben aus inneren Gründen angenommen, daß die Pontifices sich im geistlichen Recht durch dieselben Anschauungen und Tendenzen haben leiten lassen, wie im weltlichen; dazu jetzt einige Belege. Ein Grundzug des älteren Civilrechts war die Abneigung gegen alles Ungewisse und Unbestimmte, die Richtung auf das certum. Man vergleiche damit die Controverse der Pontifices bei Livius XXXI, 9. Nach früherem Recht waren die öffentlichen Spiele nur von bestimmtem, real dafür ausgeworfenem Gelde (pecunia certa) gelobt,[548] und als im Jahre der Stadt 552 ein Consul im öffentlichen Auftrage Spiele und ein Geschenk schlechthin gelobte, erklärte der Pontifex maximus dies für ungültig, indem er es bestritt: ex incerta pecunia vovere debere; si ea pecunia non posset in bellum usui esse, reponi statim debere nec cum alia pecunia misceri, quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse, während das Collegium sich für die freiere Ansicht entschied, die auch im Civilrecht späterhin in manchen Anwendungen sich Eingang verschaffte.

Ein anderer Grundzug des älteren Rechts war die zersetzende Methode (B. 3 §. 49—55). Kein Rechtsgeschäft kann

(z. B. Savigny, System Bd. 1 S. 396) ausgesprochen sind, werden sich durch den Nachweis im Text erledigen.

548) Toties ante ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.

zwei verſchiedene Rechtsverhältniſſe, keine Klage zwei verſchiedene Anſprüche umfaſſen. Eben ſo wenig kann ein Tempel zwei verſchiedene Götter aufnehmen. [549])

Ein wahrer Knotenpunkt juriſtiſcher Grundſätze und gewiß der Ausgangspunkt mancher Lehren, die wir heutzutage nur noch als civiliſtiſche kennen, war das Votum. Um der Terminologie: voti reus, damnatus, vota solvere, reddere, vota rata, irrita, caduca, titulus u. ſ. w. und des bereits angeführten Grundſatzes über certa pecunia zu geſchweigen, ſo war das Votum dasjenige Verhältniß des geiſtlichen Rechts, bei dem von jeher Bedingungen vorkamen [550]) und bei dem die Veranlaſſung zur Ausbildung einer Theorie der Bedingungen unerläßlich war. [551]) Ebenſo war die ſchriftliche Aufzeichnung und die auf die „tabulae" Bezug nehmende nuncupatio, welche die ſpätere Form der Teſtamente bildete, bei dem Votum etwas ganz gewöhnliches.

Auch die rückwirkende Kraft war dem geiſtlichen Recht bekannt und zwar — bei einem Verhältniß, bei dem die Annahme, daß ſie hier von Alters her ſtattgefunden, ſchwerlich auf Widerſpruch ſtoßen dürfte. [552]) Und wer wird nicht gleich an die exhereda-

---

549) Liv. XXVII, 25: .. cum aedem Honori et Virtuti vovisset, dedicatio ejus a pontificibus impediebatur, quod negabant unam cellam duobus recte dedicari, quia si de coelo tacta aut prodigii in ea aliquid factum esset, difficilis procuratio foret, quod, utri Deo res divina fieret, sciri non posset; neque enim duobus nisi certis Deis rite una hostia fieri.

550) Es gab unbedingte und bedingte Vota. Man vergleiche rückſichtlich der letzteren die Menge von Beiſpielen, die Brissonius a. a. O. c. 159—162 zuſammengeſtellt hat z. B. si bellatum prospere esset, si rediero u. ſ. w.

551) Ein Verhältniß des weltlichen Rechts, bei dem daſſelbe ebenfalls von Alters her der Fall war, ſ. oben S. 159 Note 235.

552) L. 28 §. 4 de stip. serv. (45. 3): .. heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur. Die Idee der rückwirkenden Kraft der Antretung der Erbſchaft für das Civilrecht wird in dieſer Stelle geradezu auf dies Argument geſtützt, und es kann kaum zweifelhaft ſein, daß das geiſtliche Recht dieſe Idee hier früher hatte und haben mußte als das Civilrecht.

tio nominatim facta und inter ceteros erinnert, wenn er hört, daß derselbe Gegensatz auch bei Anrufung der Götter stattfand, und daß hier der Ausdruck ceteri sogar ein technischer war?[553]) Selbst die Idee, daß die Erbeutung die normale Quelle des Eigenthums sei (Bd. 1 S. 108 fl.), fand in dem „capere" der Vestalischen Jungfrau ihren religiösen Ausdruck,[554]) und das jus liberorum und den Begriff der „excusatio" kannte das geistliche Recht jedenfalls längst vor dem Civilrecht;[555]) dasselbe ist von dem Begriff der Caducität zu behaupten.[555a]) Selbst die operae servorum führen auf die Wurzel des geistlichen Rechts zurück,[555b]) die condictio der gleichnamigen legis actio war ein Begriff der Auguraldisciplin.[555c])

Nach allen diesen Belegen wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß die Pontifices eine eigene Theorie und Methode, kurz eine Jurisprudenz besaßen. Ist nun schon die Jurisprudenz der großen Masse überall etwas Unverständliches, so erklärt es sich aus der eigenthümlichen zunftmäßigen Abgeschlossenheit, in der sie in Rom auftritt, sehr wohl, wie sie hier geradezu den Eindruck einer Geheimlehre machen konnte.

So tief das römische Volk diese Absperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden mochte, so war

---

553) Brissonius a. a. O. c. 88. Liv. VI, 16: .. Jupiter .. ceterique dii deaeque, und die dort abgedruckte Stelle von Servius: .. more Pontificum, per quos ritu veteri in omnibus sacris post speciales Deos, quos ad ipsum sacrum quod fiebat necesse erat invocari generaliter omnia numina invocabantur.

554) Gellius I, 12: veluti bello capta. Damit vergleiche man Gaj. IV, 16.

555) Gell. a. a. O.: excusandam (filiam, nämlich gegenüber dem capere zur virgo vest.) ejus, qui liberos tres haberet.

555a) Fest: Caduca auspicia, cum aliquid in templo excidit velut virga e manu.

555b) Serv. ad Aen. XI, 558. In sacris legitur posse etiam operas consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis. Dasselbe Verhältniß wird hier (und 591 ibid.) auch in Anwendung auf die Tochter erwähnt: famulam voveo.

555c) Serv. ibid III, 117.

dieſelbe doch für die techniſche Entwicklung des Rechts ſelbſt von heilſamem Einfluß. Der Atmoſphäre der Volksthümlichkeit bis zu einem gewiſſen Grade entrückt, hatte das Recht ſich ſo zu ſagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungeſtört ſeine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine ſtrenge; man merkt dem ältern Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachſen iſt, wie unſer deutſches Recht, ſondern daß es ſchon früh unter die Leitung eines faſt pedantiſch geſtrengen, aber conſequenten Zuchtmeiſters gerathen iſt. [556] Aber gerade dieſer Strenge verdankt das römiſche Recht im weſentlichen jene Solidität und Feſtigkeit ſeines Fundaments, jene Einfachheit und Conſequenz ſeiner ganzen Anlage. Um aber eine ſolche Zuchtmeiſterrolle über das Recht auszuüben, dazu bedurfte die Jurisprudenz jener Autorität und exceptionellen Stellung, wie nur eine geiſtliche Corporation von der Art des Pontificalcollegiums ſie zu behaupten vermochte.

Von dem Uebergange der Rechtspflege und Rechtswiſſenſchaft von den Pontifices auf die Prätoren, beziehungsweiſe nichtzünftige Juriſten, weiß die Geſchichte uns weiter nichts zu berichten als die Zeit. Nach Pomponius ſoll die Herrſchaft der Pontifices bald nach den XII Tafeln (303) begonnen und beinahe ein Jahrhundert beſtanden haben. Man könnte darnach auf die Idee kommen, daß die Einführung der Prätur ihr ein Ende gemacht habe (387). Allein ganz abgeſehen davon, daß ſolch ein plötzlicher und gewaltſamer Umſchwung aller ſonſtigen hiſtoriſchen Entwicklung in Rom widerſprechen würde, ſo beſchränkte ſich die urſprüngliche Dotation der Prätur auf denjenigen Antheil an der Rechtspflege, den damals die Conſuln in Händen hatten, und noch in der Mitte des folgenden Jahrhunderts bei Gelegenheit des Berichts über die

---

556) Eine ähnliche Idee ſcheint auch dem Pomponius vorgeſchwebt zu haben, wenn er von den legis actiones in L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2) ſagt: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt.

bekannte That des Flavius[557]) bezeichnet Livius (IX, 46) das jus civile als repositum in penetralibus pontificum, und am Anfang des sechsten Jahrhunderts konnte es als eine Merkwürdigkeit gelten, daß der erste Pontifex Maximus aus der Plebs, Tib. Coruncanius, Jeden, der Lust hatte, zu seinem Rechtsunterricht zuließ. Auch jetzt muß das jus civile und jus pontificium noch eine Zeit lang als gleichbedeutend gegolten haben.[558])

Nach allen diesem möchte sich etwa die Mitte des fünften Jahrhunderts als der Wendepunkt bezeichnen lassen. Verstattet man mir über die Art und Weise, wie der Umschwung erfolgte, eine Muthmaßung, so möchte ich denselben in folgender Weise construiren.

Den ersten Anstoß zu einer Aenderung des bisherigen Zustandes finde ich in der Einführung der Prätur. Bekam auch der Prätor ursprünglich kaum etwas mehr als den Antheil, den bisher die Consuln an der Rechtspflege ausgeübt hatten, so ist es doch ganz erklärlich, daß die Abzweigung dieses Bestandtheils der consularischen Gewalt zu einer eigenen Magistratur in ähnlicher Weise wie bei der Censur eine bedeutende Steigerung desselben zur Folge haben mußte. Das Wachsen der Prätur aber war nur möglich auf Kosten der Pontifices, und es ist außer Zweifel, daß letztere schließlich ihren Antheil an der Rechtspflege d. h. nach meiner Hypothese (B. 1 S. 298 fl.) die legis actio sacramento an die Prätoren verloren haben, denn in der Darstellung dieser legis actio bei Gajus ist nur vom Prätor die Rede. Die Veränderung, die bei dem Uebergange derselben auf die Prätoren eintrat, war eine doppelte; einmal nämlich die Verweltlichung des sacramentum (dasselbe fiel jetzt ans Aerar statt wie früher an den geistlichen Fond) und sodann der Erlaß der reellen Deposition der Summe gegen Sicherheitsbestellung an den Prätor. Allein bevor eine solche totale Reform des bisherigen Zustandes eintrat,

557) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

558) S. z. B. Liv. XXX, 1 (a. U. 549): .. juris pontificii peritissimus.

muß dieſelbe, wenn ſich das Geſetz der hiſtoriſchen Entwicklung in Rom hier nicht ausnahmsweiſe völlig ſoll verläugnet haben, allmählig vorbereitet geweſen ſein, es muß ein Uebergang Statt gefunden haben. Solche Uebergänge pflegten in Rom in der Weiſe zu erfolgen, daß dem Alten ein Neues an die Seite geſetzt ward. Im vorliegenden Falle glaube ich nun, daß dieſer Uebergang durch die beiden Geſetze vermittelt ward, welche nach Gajus die legis actio per condictionem einführten, die lex Silia und Calpurnia.[559]) Den Pontifices verblieb nach wie vor die legis actio sacramento, allein da die neue Prozeßform einen entſchiedenen Vortheil bot, nämlich die Erſparniß des Succumbenzgeldes, ſo läßt ſich annehmen, daß in Fällen, wo ſie anwendbar war (bei den actiones in personam auf Geld und andern res certae direct, bei act. in rem durch Einkleidung derſelben in eine sponsio praejudicialis d. h. alſo in allen Fällen der pontificiſchen Competenz), ſich kaum Jemand mehr an die Pontifices wandte. So ward denn die Gerichtsbarkeit derſelben zwar nicht direct, aber indirect durch dieſe Maßregel beträchtlich geſchmälert, ſie gerieth nach und nach in Abnahme und Vergeſſenheit, und die Uebertragung der legis actio sacramento auf die Prätoren und Centumvirn ließ ſich ohne weſentlichen Eingriff in ihre Rechte bewerkſtelligen.

In Folge dieſer Umgeſtaltung des Prozeſſes, die wir nach den obigen chronologiſchen Daten in die erſte Hälfte des fünften Jahrhunderts ſetzen dürfen, mußte nothwendigerweiſe auch das bisherige Verhältniß in Betreff der Rechtskunde eine Aenderung erleiden, und es möge mir erlaubt ſein, auch hierüber eine Vermuthung zu äußern. Wollte die damalige Zeit nicht mit der ganzen bisherigen Theorie und Praxis brechen — und wer möchte

559) Auf dieſe Weiſe würde ſich der Zweifel von Gajus IV, §. 20 erledigen: quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento [aut per judicis postulationem] agere, valde quaeritur.

so etwas für denkbar halten? — so mußte sie sich die Kenntniß derselben von den Pontifices zu verschaffen suchen. Das einfachste und wirksamste Mittel dazu war Eintritt in das Collegium, und ich glaube, daß dies bis auf Coruncanius der alleinige Weg war, den Jemand einschlug, um Jurist zu werden. Das Collegium war, so zu sagen, die Rechtsfacultät, bei welcher der zukünftige Jurist seine Schule durchmachte, die Juristenzunft, in die er sich aufnehmen ließ, ähnlich wie dies noch heutzutage bei den Inns in England der Fall ist. Wie aber bei letztern ursprünglich nur die filii nobilium Zutritt hatten, so bei den Pontifices nur die Patricier, bis im Jahre 452, also drei Jahr nach der Veröffentlichung der legis actiones durch Flavius und vielleicht unter dem Einfluß dieses Ereignisses auch die Plebejer mittelst Creirung von vier neuen Stellen Aufnahme erlangten. [560]) Da die Eigenschaft als Pontifex die Beförderung zu einem höhern Staatsamt [561]) nicht ausschloß, so stand jedem Pontifex die praktisch-juristische Laufbahn offen, und so ward z. B. gleich einer der vier ersten plebejischen Pontifices zum Prätor erwählt.

War nun schon der Eintritt der Plebejer und die Verdoppelung der Stellen für die Verbreitung juristischer Kenntnisse sicherlich nicht ohne Bedeutung, so ward der letzte Rest des Zunftzwanges durch die oben berichtete Neuerung des Coruncanius völlig beseitigt. Von jetzt an war der Bann gebrochen und die Jurisprudenz eine freie Kunst und Wissenschaft geworden. Bald nach ihm war bereits die Sitte des öffentlichen Respondirens in lebendigster Uebung. [562])

---

560) Liv. X, c. 6—9.

561) Selbst nicht zum Consulat Liv. XXIII, 21 i. f., rücksichtlich des Pont. Max. s. Liv. epit. 59. Eine merkwürdige Stelle über die pontifices ist die der Scholia Bobiensia in orat. pro Scauro (Orelli II p. 375): Certi pontifices in saliatu manebant et in ceteris quibusdam sacerdotiis ... ubi haec administrassent, fiebant consules. Der Verfasser stellt sich also das Pontificalcollegium als eine Pflanzschule, eine Vorbereitungsanstalt tüchtiger Kirchen- und Staatsdiener vor.

562) L. 2 §. 37 de orig. jur. (1. 2). Pomponius hat hier nur irriger-

Dieſe Veränderung muß ſowohl für die Rechtspflege als die Jurisprudenz einen Wendepunkt begründet haben. Für jene — denn an die Stelle eines ſtändigen Collegiums, welches ſich überall ſchwerer entſchließt von der bisherigen Praxis abzugehen, traten jährlich wechſelnde Prätoren und mit ihnen wiederum nicht lange nachher an die Stelle der ſpröden Form des Legisactionenprozeſſes die ungleich elaſtiſchere und freiere des Formularprozeſſes. Für dieſe: die Wiſſenſchaft — denn der Stabilismus einer Zunftlehre machte der Freiheit der individuellen Meinung und Forſchung, dem regen Wetteifer der Kräfte und Talente Platz. Freilich verging noch lange Zeit, bevor der Umſchwung, der hiermit für die Wiſſenſchaft eingeleitet war, ſich gänzlich vollzogen hatte, und es würde ſehr verkehrt ſein zu glauben, als ob die Jünger der Pontifices die Lehre und Methode der Meiſter verläugnet hätten; wir dürfen vielmehr die ganze Jurisprudenz dieſer Periode als Eine und zwar als die pontificiſche Schule bezeichnen. Allein nichts deſto weniger war doch die obige Veränderung in der äußern Form dieſer Jurisprudenz der erſte Anſatz und die unerläßliche Vorausſetzung zu einer innern Umwandlung derſelben.

Auch in dem Verhältniß der Jurisprudenz zum Volk trat jetzt eine weſentliche Aenderung ein. Nicht als ob die Abhängigkeit des Volks von den Juriſten dadurch beſeitigt, das Recht dem Volk zurückgegeben wäre. Die Juriſten blieben ſo unentbehrlich, wie die Handwerker es bleiben nach Aufhebung des Zunftzwanges. Jene Veränderung hob nicht die Jurisprudenz auf, ſondern ſie öffnete nur den Zutritt zu ihr. Dieſe Freiheit des Zutritts bedeutete aber nichts weiter als die Möglichkeit, durch Studium Juriſt werden zu können, d. h. alſo dem Volk als ſolchem kam ſie unmittelbar gar nicht zu gute. Wohl aber, wie überall die Aufhebung des Zunftzwanges, mittelbar. Ich

---

weiſe den Scipio Naſica vor Coruncanius geſetzt. Zimmern, Rechtsgeſch. Bd. 1 §. 14.

meine nicht sowohl den bereits angedeuteten inneren Aufschwung der Jurisprudenz, die höhere geistige Freiheit und Beweglichkeit derselben, kurz die gewöhnlichen Folgen, welche die Eröffnung der freien Concurrenz nach sich zieht, sondern die Aenderung in dem Verhältniß zwischen Volk und Jurisprudenz. Dasselbe wurde ein ungleich innigeres und näheres. Zunächst schon dadurch, daß es ein freieres ward. Die Jurisprudenz verlor mit dem Zunftzwang nichts an ihrer Herrschaft, aber letztere verlor ihr Gehässiges. Bisher mehr oder minder Sache des Monopols, eine Folge der äußeren Stellung, war sie von jetzt an nur noch das natürliche Resultat und Zeugniß der geistigen Ueberlegenheit und Unentbehrlichkeit der Wissenschaft. Keine Macht verdiente und fand fortan so wenig Widerstand, Anfechtung und Neid, keine umgekehrt eine so bereitwillige Unterordnung und dankbare Anerkennung als sie. Sodann aber dadurch, daß sich die Jurisprudenz von jetzt an dem Dienste des Volks in einer Weise widmen konnte und widmete, wie sie weder vorher, noch nachher ihres Gleichen hat. Dieses Dienstverhältniß ist für das ganze Verständniß der römischen Rechtszustände und Rechtsentwicklung von so eingreifender Wichtigkeit, daß wir demselben eine nähere Betrachtung widmen müssen.

In der geringen Zahl sowohl wie der Amtsthätigkeit der Pontifices lag es begründet, daß dieselben nicht in dem Maße, wie ihre Nachfolger, dem juristischen Bedürfniß des Verkehrs gerecht werden konnten, und vielleicht war auch dies einer von den Gründen, der ihnen den Vorwurf der Geheimnißkrämerei einbrachte, jedenfalls aber ein wenn auch unverschuldeter, so doch höchst drückender Uebelstand. Ihren Nachfolgern fiel es nicht schwer demselben abzuhelfen. Seitdem die Jurisprudenz eine freie Kunst geworden, fehlte es *ihr* weder an Jüngern, noch *letzteren* an Muße, um allen Wünschen des Volks in dieser Beziehung nachzukommen. Die Jurisprudenz ward und blieb Jahrhunderte lang eine Lieblingsbeschäftigung der höheren Stände

— eine noble Paſſion,[563] ein Erſatz für eine verſagte oder verſchmähte, ein würdiger Rückzug für eine unterbrochene oder beendete politiſche Thätigkeit.[564] Was man in ihr ſuchte und an ihr ſchätzte, war nicht bloß die wiſſenſchaftliche Befriedigung, die das Studium als ſolches gewährte: Zerſtreuung, Unterhaltung, Anregung, kurz der Reiz einer geiſtigen Gymnaſtik, ſondern die Gelegenheit, ſich auch ohne Staatsamt nützlich zu machen, ins Leben einzugreifen, Anſehn und Einfluß zu gewinnen. Ein Sichvertiefen in die Wiſſenſchaft bloß ihrer ſelbſt wegen war dem praktiſchen Sinn der Römer fremd; die Wiſſenſchaft, die ſie locken ſollte, mußte nicht bloß dem Subject einen Genuß gewähren, ſondern der Welt zu gute kommen. Gerade darauf eben beruhte die hohe Anziehungskraft der Jurisprudenz, daß ſie nicht bloß dem wiſſenſchaftlichen Bedürfniß, ſondern auch dem Triebe nach praktiſcher Thätigkeit volle Befriedigung in Ausſicht ſtellte. Sie war gewiſſermaßen der Abzugskanal für die im Staatsdienſt nicht verwendbare, überſchüſſige praktiſche Kraft.

So kam die Jurisprudenz ſchon ihrer ſelbſt wegen dem Leben mit größter Bereitwilligkeit entgegen. Ja mehr als das. Sie trieb ihren Dienſteifer ſo weit, daß man ſagen möchte, die Jurisprudenz habe mehr das Leben, als das Leben ſie geſucht, und der Drang, die Dienſte zu erweiſen, auf der einen ſei ſtärker geweſen als der Wunſch ſich ihrer zu bedienen auf der andern Seite. Wir können uns den thätigen Antheil, den die Jurisprudenz an dem Geſchäftsleben nahm, nicht ausgedehnt genug denken, und wenn Cicero den Juriſten den Vorwurf macht, ſie hätten das Recht ſo eingerichtet, daß ſie überall mit dabei ſein müßten,[565] ſo dürfen wir demſelben, indem wir ihn im übrigen auf

563) S. den Ausſpruch des Q. Mucius in L. 2 §. 43 de orig. jur. (1. 2.) turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus in quo versaretur ignorare.

564) Cic. de orat. I, 50 senectutem a solitudine vindicari juris civilis scientia.

565) pro Murena c. 11: notas composuerunt, ut omnibus in re-

sich beruhen lassen, jedenfalls die Thatsache entnehmen, um die es uns hier zu thun ist, die der *Allgegenwart* des *Juristen*. Letztere erleidet freilich eine Beschränkung. Gerade da nämlich, wo wir den Juristen nach unsern heutigen Verhältnissen am ersten erwarten würden, vor Gericht als Sachwalter, trat er wenigstens späterhin regelmäßig zurück, um den Platz der Parthei selbst oder dem eigentlichen Redner zu überlassen.[566] Um dies zu begreifen, muß man die von unserer heutigen völlig abweichende Einrichtung des römischen Prozesses kennen, wornach derselbe in zwei Theile zerfiel, jus und judicium, oder in ein Verfahren vor dem Prätor und vor dem Richter, judex. Dort hatte der Anspruch seine *juristische* Prüfung zu bestehen, d. h. ob er, das Vorbringen des Klägers als wahr angenommen, juristisch haltbar sei, ob und welche Einwendungen des Beklagten zuzulassen u. s. w., und es erfolgte darauf hin gewissermaßen ein *hypothetisches* Urtheil, nämlich die Instruction an den Richter zu condemniren oder zu absolviren, wenn sich die von der einen oder andern Parthei vorgebrachten Thatsachen bewahrheiten sollten. Das Hauptaugenmerk des Richters war also auf den *Beweis* gerichtet, und daher erklärt es sich, daß derselbe kein Jurist zu sein brauchte und es regelmäßig auch nicht war, und sodann daß die Lehre vom

---

bus ipsi interessent, womit er auf die Formeln zielt. Das Beispiel, das er folgen läßt, ist zwar dem Prozeß entlehnt, allein der Vorwurf selbst ein allgemeiner.

566) So wenigstens zu Cicero's Zeit. Ob es früher anders gewesen, und aus welcher Zeit die Trennung zwischen Juristen und Redner herrührt, läßt sich nicht bestimmen. Von dem Juristen als solchem wird auch in älterer Zeit immer nur das respondere, nie das causas orare erwähnt, und von ersterem trägt er auch seinen Namen: *jure consultus*. Von Tubero heißt es in L. 2 §. 46 de orig. jur. (1. 2): transiit a causis agendis ad jus civile. Aehnlich von Servius §. 43 ibid. Schon im sechsten Jahrhundert der Stadt verbot ein Gesetz, die lex Cincia, sich pro causa oranda bezahlen oder beschenken zu lassen. Schon damals also scheint es ein Erwerbszweig gewesen zu sein, und ist es übrigens auch trotz der lex Cincia geblieben. Tac. Ann. XI, 5—7.

Beweiſe, die in unſerer heutigen Jurisprudenz eine ſo große Rolle ſpielt, in der römiſchen ungleich weniger hervortritt, da ſie mehr Sache des Redners, als des Juriſten war.[566a]) Allerdings handelte es ſich bei der richterlichen Unterſuchung nicht lediglich und ausſchließlich um die Thatfrage, ſondern auch um die rechtliche Beurtheilung derſelben, allein in der Regel nur ſo weit, als dazu die gewöhnlichen Rechtskenntniſſe eines Laien ausreichten. Wo ausnahmsweiſe ein mehreres erforderlich war, namentlich alſo bei intrikaten Rechtsfragen, Controverſen u. ſ. w., holte der Richter Belehrung bei einem Juriſten ein, oder hatte ihn als Beiſitzer (Consessor),[566b]) oder die intereſſirte Parthei oder deren Sachwalter brachte von demſelben ein Gutachten oder ihn ſelbſt als Gewährsmann mit vor Gericht.[567]) Inſoweit pflegte alſo auch ein Juriſt in die Verhandlungen vor dem Richter einzugreifen, im übrigen aber fielen dieſelben, wie geſagt, gewöhnlich dem Patron d. i. dem Redner zu. Wo der Richter ein Laie war, begreift es ſich, daß auch der Sachwalter keiner großen Rechtskenntniß bedurfte. Eine eigentlich gelehrte juriſtiſche Bildung ging ihm regelmäßig ab,[568]) aber nichts deſto weniger

---

566a) Darum waren es auch Redner und Lehrer der Beredſamkeit, wie Cicero und Quintilian, welche ſie wiſſenſchaftlich behandelten, während uns von einem Juriſten kein Werk darüber genannt wird. Wie der Juriſt ſich zur Beweisfrage ſelbſt im concreten Fall verhielt, darüber ſ. die Mittheilung von Boethius ad Cic. Top. X, 11 §. 50 (Orelli I p. 346). Juris peritus de facti qualitate, non etiam de ipsius facti veritate respondet. Idcirco quoties ad Gallum peritum juris facti quaestio deferebatur: „Nihil ad nos" inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes i. e. ad rhetorem remittebat.

566b) Cic. de finib. II 19: judex dicere consessori solebat.

567) Cic. Top. 17: nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. L. 2 §. 47 de orig. jur. (1. 2) . . judicibus scribebant aut testabantur qui illos consulebant.

568) Dies gibt auch Cicero von ſich zu, ungeachtet er doch einen Curſus in der Jurisprudenz bei Quintus Mucius durchgemacht hatte, pro Murena 13 und de orat. I, 58. Wie weit die Unkenntniß der Redner gereicht

mußte sein Beruf ihn mehr mit dem Recht vertraut machen als den gewöhnlichen Laien, und er mochte eine ähnliche Mittelstufe zwischen Laien und Juristen einnehmen wie das heutige Subalternpersonal der Gerichte. Was man von ihm verlangte, war nicht Wissen, Studium, sondern das Talent und die Künste des Advokaten, Fluß und Glanz der Rede, eindringliche Diction, schlagfertige Dialektik, dreistes, muthiges Auftreten selbst bei schlechter Sache, kurz Eigenschaften, die, wie Cicero bemerkt, auch in Rom nicht Jedermanns Sache waren.[569] Es verräth den feinen Takt der Römer, daß sie diesen Beruf weniger achteten, als den des Juristen, eine Thatsache, die Cicero bezeugt, indem er sie bekämpft. Der Jurist konnte der Wahrheit die Ehre geben, er blieb dem Gezänke und dem Kampf der Leidenschaften fremd und nahm für seine Gefälligkeit kein Geld. Der Redner aber, dem nicht selten erst die Aussicht auf Lohn den Mund öffnen mußte,[570] hatte die Verpflichtung sich auf den Standpunkt der Parthei zu stellen; er konnte es oft nicht umgehen, die Wahrheit zu bestreiten, der Lüge seine Zunge zu leihen, das Sachverhältniß zu entstellen und zu verwirren, spitzfindige Argumente vorzubringen, an die er selbst nicht glaubte — kurz zu Mitteln seine Zuflucht zu nehmen, die vor der Kritik des feineren Ehrgefühls nicht die Probe bestehen.[571]

Wie es sich nun auch mit dieser Theilung der Arbeit zwischen dem eigentlichen Juristen und Redner verhält, der Umfang

---

haben mag, sieht man aus Cic. de orat. I, 56 sq. quod vero impudentiam admiratus es eorum patronorum u. s. w. Servius (cum in causis orandis primum locum obtineret . .) war so unkundig, daß er nicht einmal ein Responsum des Quint. Mucius sofort verstand. L. 2 §. 43 de orig. jur. (1. 2).

569) pro Murena c. 13. Sic nonnullos videmus, qui oratores evadere non potuerunt, eos ad juris studium devenire.

570) Tac. Ann. XI, 7: eloquentiam gratuito non contingere.

571) In recht anschaulicher Weise tritt dieser Gegensatz zwischen Juristen und Redner in der Anekdote hervor, die Cicero de orat. I, 56 mit-

der Geſchäftsthätigkeit des erſteren blieb immerhin noch ein ſo ausgedehnter, daß der Ausdruck: Allgegenwart des Juriſten ein völlig angemeſſener iſt. Der thätige Antheil, den derſelbe am Rechtsleben nahm, beſchränkte ſich keineswegs auf rein juriſtiſche Dinge, auf Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens (respondere), Abfaſſung von Contracten, Teſtamenten u. ſ. w. (cavere, scribere),[572] ſondern er erſtreckte ſich auch auf Maßregeln rein wirthſchaftlicher Art, und ſelbſt auf Fragen des Familienlebens z. B. Verheirathung der Tochter.[573] Der Juriſt war der Vertrauens-

---

theilt. Das Reſponſum, das der Juriſt ertheilt hatte, war verum magis, quam ad rem suam (consulentis) accommodatum. Der Redner aber wußte dagegen Rath: alludens varie et copiose multas similitudines afferre multaque pro aequitate contra jus dicere u. ſ. w., kurz er accommodirte ſeine Anſicht dem Bedürfniß und Wunſch des Anfragenden.

572) Auf Grund der militia urbana respondendi, scribendi, cavendi bei Cic. pro Murena c. 9 hat man die geſammte praktiſche Thätigkeit in drei abgeſonderte Zweige: respondere, scribere, cavere zerlegen wollen, und Bach Hist. Jurisp. II 2, §. 8—11 gibt ſich die erdenklichſte Mühe, dieſelben zu beſtimmen und gegen einander abzugränzen. Allein ich glaube, man hat hier Cicero zu viel Ehre angethan; ich wenigſtens kann in ſeiner angeblichen Claſſification nichts als eine höchſt äußerliche, wiſſenſchaftlich völlig werthloſe Aufzählung einzelner juriſtiſcher Geſchäfte erblicken, und er ſelbſt war wohl weit davon entfernt ein weiteres zu beanſpruchen, denn ſonſt hätte er doch in ſeiner Schrift de oratore I, 48 das scribere nicht völlig weglaſſen und dafür agere ſetzen können, was Puchta Curſ. der Inſtit. I, §. 76 veranlaßt, noch von einem „vierten Beſtandtheil" zu reden. Auf Grund einer andern Stelle, nämlich de republ. V, 3. . . responsitando et lectitando et scriptitando hätte Puchta noch einen fünften Beſtandtheil annehmen können! Der Verſuch von Bach hätte, wie ich meine, jeden Spätern von dem Glauben an den Werth dieſer Eintheilung heilen ſollen. Enthält denn das scribere einen Gegenſatz zu cavere und ſelbſt zu respondere? Wer ein ſchriftliches Gutachten ausſtellte, der nahm zugleich das scribere und respondere vor (L. 2 §. 47 de orig. jur. 1. 2), wer einen Contract aufſetzte, das cavere und scribere u. ſ. w. Von einer ſolchen Eintheilung ſollte man lieber ſchweigen als reden, jedenfalls aber nicht zu viel Weſens von ihr machen.

573) Cic. de orat. III, 33. Ganz ähnlich iſt die Stellung des Geſetzkundigen oder Geiſtlichen im Islam, von Tornauw, Moslem. Recht S. 56.

mann der Familie, ohne dessen Rath nichts geschah, und oft gewiß auch der Unterhändler und Vermittler, kurz er nahm ungefähr dieselbe Stellung ein, welche der Beichtvater vielerwärts zu bekleiden pflegt. Seine Dienstleistungen waren also mehr prophylaktischer Art, während die des heutigen mehr therapeutischer Art sind.[574])

Gewiß war es nicht der bloße Thätigkeitsdrang oder eine uninteressirte Dienstfertigkeit, die ihn zu seinen Mühwaltungen bestimmte; auch er selbst mußte dabei seine Rechnung finden. Und allerdings fehlte der Lohn nicht. Nur war's freilich kein klingender; die Consultanten kamen mit leeren Händen. Aber wenn auch kein Geld, so brachten sie doch etwas anderes, das einem unabhängig gestellten Römer nicht geringer galt — Ehre, Achtung, Ansehn, Popularität und Einfluß.[575]) Je mehr Consultanten, desto höher der Ruf des Juristen; am Consultirtwerden erkannte man den „Jure consultus". Wessen Haus den ganzen Tag über von ihnen nicht leer ward, bei wem sie, um mit Horaz[576]) zu reden, schon beim ersten Hahnenschrei anpochten und ihm selbst auf dem Krankenlager keine Ruhe ließen,[577]) so daß der Thürhüter Mühe hatte, sie abzuhalten,[577a]) der genoß eine kaum minder geachtete und einflußreiche Stellung als die höchsten Würdenträger

574) Ein Gegensatz, den Cicero pro Murena 13 mit salubritas und salus bezeichnet, indem er jene dem Juristen, diese dem Redner zuweist.

575) Der ex privatorum negotiis collecta gratia gedenkt Cicero de orat. III, 33. Wie sehr der Jurist auf Dank rechnete, darüber s. die Anekdote bei Val. Max. IX, 3, 2.

576) Hor. Sat. I, 10.

577) Cic. de orat. I, 45 . . . in ejus infirmissima valetudine affectaque jam aetate.

577a) Seneca de ira III c. 37: iratum ostiario causidici alicujus, quod intrantem submoverat. Daß auch der Redner es nicht viel besser hatte, darüber s. die Klage von Cic. ad Att. II 14. Sein Haus ist so gut wie ein Gerichtszimmer, immer voll (Basilicam habeo frequentia Formianorum), kaum um 10 Uhr Abends hat er Ruhe (post horam IV ceter molesti non sunt; die entsprechende Morgenstunde kann hier unmöglich gemeint sein).

der Republik. Ein ſolches Haus galt in den Augen des Volks als ein öffentliches, in das Jeder aus- und einging, zu dem Jeder freien Zutritt hatte, es war nach Cicero[578]) das Orakel der ganzen Stadt, und dieſe juriſtiſchen Erkundigungsbüreaus gehörten weſentlich mit zur Phyſiognomie Roms. Von dieſer Auffaſſung ausgehend ſchenkte einſt der Senat einem namhaften Juriſten, um dem Volk den Weg zu kürzen, ein Haus an bequem gelegener Stelle.[579]) Wer einen ſolchen Zuſpruch zu Hauſe nicht erwarten konnte, wie zumeiſt der Anfänger, oder wer es dem Volk bequemer machen wollte, verſtand ſich zur ambulanten Praxis und verlegte, ſo zu ſagen, ſein Büreau auf die juriſtiſche Börſe, das Forum, mitten in das Gewühl des Verkehrs und das Getreibe der Rechtspflege, um hier für alle Fälle des unmittelbarſten Bedürfniſſes mit Rath und That ſofort bei der Hand zu ſein.[580])

Die ganze Einrichtung habe ich berührt nicht ihrer ſelbſt wegen, ſondern weil ſie ein unentbehrliches Hülfsmittel für das Verſtändniß des römiſchen Rechts iſt. Daß letzteres ſo und nicht anders geworden, hat zum weſentlichen in ihr ſeinen Grund; ſie hinweggedacht — und Vieles hätte völlig anders werden müſſen. Dahin gehört vor allem der von der römiſchen Jurisprudenz mit eiſerner Strenge durchgeführte Formalismus (§. 46). Bei manchen Ausflüſſen deſſelben[581]) muß, wie ich meine, jeden Unbefangenen ein gewiſſes Grauen beſchleichen, und es gehört ein ganz eingefleiſchter Romanismus dazu, um keinen Anſtoß an ihnen zu nehmen oder gar für das heutige Recht ihre Gültigkeit zu vertheidigen. Man denke ſich, daß an einem verkehrten Wort (z. B. heres ne esto ſtatt exheres esto) die Gültigkeit des ganzen Teſtaments oder der Verluſt des Prozeſſes hing, und daß ein

578) de orat. I, 45 oraculum totius civitatis.

579) L. 2 §. 37 de orig. jur. (1. 2).

580) Cic. de orat. III, 33.

581) Eine Blumleſe daraus habe ich bei einer andern Gelegenheit zuſammengeſtellt. S. meine Jahrbücher B. 1 S. 31 fl.

einziges weggelassenes oder gesetztes et vermöge der Grundsätze des Accrescenzrechtes für den Erben oder Legatar eine Million wiegen konnte. So sehr immerhin die Strenge in der Handhabung des Wortes der Weise des römischen Volkes entsprach, so kann ich mir doch den Umstand, daß derartige Subtilitäten praktisch durchführbar waren, daß also das Volk sich nicht dagegen opponirte und sie abschüttelte, nur aus der obigen Einrichtung erklären. In der Hand des Juristen, welcher die Testamente und sonstige Urkunden abfaßte, verloren sie ihr Gefährliches, denn wenn seiner Zeit das Wort auch aufs strengste urgirt ward, so kam doch kein anderes Resultat heraus, als was die Parthei selbst beabsichtigt und durch den Juristen nur in kunstgerechter Weise hatte formuliren lassen; was man den Worten entnahm, war in sie hineingelegt. Nur dadurch waren meiner Meinung nach die strengen Gesetze, welche die Jurisprudenz dem Verkehr dictirte, haltbar, daß die Juristen ihm die Anwendung derselben abnahmen, nur darum waren die schmalen und hart an Abgründen vorbeiführenden Wege, welche die ältere Jurisprudenz im Recht angelegt hatte, erträglich, daß jederzeit ein kundiger und williger Führer bereitstand.[582] Die Allgegenwart des Juristen war ein stillschweigendes Postulat des alten Rechts — selbst im Lager treffen wir ihn.[582a] Der Jurist mußte gegen den Juristen schützen; die Dienstfertigkeit des Praktikers war das unentbehrliche Gegengewicht gegen die strengen Anforderungen des Theoretikers; hätte dies Gegengewicht gefehlt, ich kann mir nicht denken, daß die Theorie hätte so lauten können, wie sie gelautet hat. Darauf beruhte auch die dem Soldatenstande in rechtlicher Beziehung eingeräumte eximirte Stellung. Dieselbe war nicht eine Sache der reinen Gunst und Bevorzu-

582) Copia jurisconsulti. Daß es daran gefehlt hätte: raro accipiendum est, L. 9 §. 3 de jur. ign. (22. 6).

582a) Cic. ad fam. VII 13 (an den Trebatius, der dem Feldherrn ins Lager gefolgt war): quod te imperator consulit.

gung, ſondern durch die eigenthümlichen Verhältniſſe dieſes Standes mit Nothwendigkeit geboten, denn dem Soldaten fehlte, ganz abgeſehen von ſeiner eigenen geringeren Geſchäftskenntniß, die ſtets bereite Hülfe des Juriſten, da der „Lagerjuriſt“ zwar dem Feldherrn und ſonſtigen hervorragenden Perſonen, aber nicht der Maſſe der gemeinen Soldaten zu Dienſten ſtand.

Die Allgegenwart des Juriſten bedeutete alſo für den Verkehr zuerſt eine unentbehrliche *Hülfe*. Sie bedeutete aber ſodann zweitens auch einen heilſamen *Einfluß* auf denſelben. Die Innigkeit des Verhältniſſes zwiſchen der Jurisprudenz und dem Verkehr kam beiden zu gute. Dem *Verkehr*, indem die Jurisprudenz beſtändig die Hand an ſeiner Pulsader hatte, wußte, was ihm Noth that, und wie ihm zu helfen war. Der *Jurisprudenz*, indem ſie, ohne den Anforderungen des Verkehrs in materieller Beziehung irgend etwas zu verſagen, ſie in die Form bringen konnte, die ſie von ihrem Standpunkt aus für die wünſchenswertheſte halten mußte. Die Anſätze zur Bildung neuer Geſchäfte, die das Leben machte, namentlich auf dem Gebiet der Verträge (man denke z. B. an das pactum de vendendo beim pignus) erhielten durch die Juriſten ihre formelle Redaction. Indem letztere die Vertragsurkunden abfaßten, hatten ſie es in ihrer Hand, ihnen die paſſendſte Form zu geben, die juriſtiſche Conſtruction nicht erſt zu beginnen, wenn der Entwicklungsprozeß des Inſtituts abgeſchloſſen und daſſelbe als ein fertiges, unabänderliches vor ihnen lag, ſondern daſſelbe von vornherein in die juriſtiſche Bahn zu leiten, ihm die richtige Form zu geben, kurz den Verkehr juriſtiſch zu disciplíniren. Wie wäre aber dieſe juriſtiſche Erziehung, der das römiſche Recht ſo unendlich viel verdankt, denkbar geweſen ohne jene Allgegenwart des Erziehers?

Und wiederum frage ich, wie wäre *letztere* denkbar geweſen, wenn die Kunſt in Rom, wie bei uns, nach Brod gegangen wäre? Für die Charakteriſtik der römiſchen Jurisprudenz iſt es, ſo paradox es klingt, einer der weſentlichſten Züge, daß ſie ſich nicht bezahlen ließ. In dieſem *einen*, ſcheinbar ſo äußerlichem

Umstand liegt unendlich viel, liegt die halbe römische Jurisprudenz. Das Honorar des Juristen, so sehr es sich bei unseren heutigen Zuständen als nothwendig ergibt, darf nichts desto weniger als sein ärgster Feind, als sein Versucher bezeichnet werden — ein Hinderniß seines vortheilhaften, eine Quelle seines unheilvollen Einflusses, ein Fluch unseres heutigen Rechtslebens. Das Geld ist es, das ihm da, wo er nicht fehlen dürfte: beim Abschluß der Rechtsgeschäfte den Weg versperrt, das Geld, das ihn, wenn er endlich im Fall der Noth zugezogen wird, auf Abwege lockt, auf Abwege, wo seine Kunst nur dazu dient, das Feuer der Zwietracht anzufachen und zu unterhalten und der Lüge und dem Unrecht die Mittel zum längern Widerstand zu leihen und ihnen zum Siege zu verhelfen. An das Geld knüpfen sich die frivolen und langen Prozesse, an das Geld die Juristen ohne Lust und Liebe, ohne Talent und Verständniß für ihre Wissenschaft, an das Geld die gerechten und ungerechten Vorwürfe des Volks, kurz *an dem Gelde klebt der Schmutz unseres Standes und die Erniedrigung unseres Berufes.*

Alles dies blieb der römischen Jurisprudenz erspart. Wer sich *ihr* widmete, suchte in ihr nicht das Geld, sondern sie selbst; der *innere* Beruf war das Motiv für die Wahl des *äußern*, die falschen, unfähigen, verdrossenen Jünger blieben ihr fern. Darum aber stieß sie auch im Volk nicht auf Abneigung, Mißtrauen, Widerstand; gern und dankbar nahm dasselbe eine Hand, die sich nicht, indem sie half, zugleich nach dem Gelde krümmte. Daher die Allgegenwart des Juristen. Wo der rechtliche Rath und Beistand ein Handelsartikel ist, der nur gegen Bezahlung verabreicht wird, wie dies bei uns der Fall, ökonomisirt man im Gebrauch desselben, und der Jurist wird wie der Arzt häufig erst dann gerufen, wenn es zu spät ist. Anders aber in Rom, wo dieser Artikel keine Handelswaare, sondern eine res communis war, überall umsonst zu haben wie Luft und Wasser. Hier durfte man von ihm den verschwenderischsten Gebrauch machen und that es auch. Darauf aber beruhte wiederum die ganze Herrschaft

und Macht der alten Jurisprudenz über das Leben, ihre Aufſicht, ihre Erziehungsgewalt, ihr bildender Einfluß, die Gewöhnung des Verkehrs an die Beobachtung des ſtrengen juriſtiſchen Sprachgebrauchs, die Erträglichkeit der engen, knappen Geſchäftsformen, die Möglichkeit der rückſichtloſen Conſequenz, die Freiheit ihrer eigenen wiſſenſchaftlichen Bewegung, kurz die Durchführbarkeit der alten Theorie und damit ſie ſelbſt — das Reich und der Triumph der Jurisprudenz als einer Mathematik des Rechts!

Auch in Rom änderte ſich dies, und als Ulpian[583] ſeinen ſchönen Ausſpruch that, den man der alten Jurisprudenz zu ihrer Deviſe geben möchte: civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, hatte derſelbe weder für die Lehrer des Rechts, denen Ulpian die Worte zurief, noch für den größten Theil der praktiſchen Juriſten, die Advokaten, eine praktiſche Wahrheit mehr, und die Einzigen, die noch in ſeinem Sinne handelten, waren jene namhaften von Staatswegen mit dem jus respondendi verſehenen Juriſten, deren Gedächtniß noch die ferne Nachwelt feiert. Wie weſentlich auch dies jus respondendi, wenigſtens in der ihm ſpäter gegebenen Geſtalt, mit dem Geſichtspunkt der Unentgeltlichkeit zuſammenhängt, wie es in den Händen von Leuten, die aus dem Reſpondiren eine Erwerbsquelle gemacht hätten, abſolut unmöglich geweſen wäre, das will ich, da die Einrichtung ſelbſt nicht mehr in unſere Periode gehört, dem eigenen Nachdenken des Leſers überlaſſen.

---

583) L. 1 §. 5 de extr. cogn. (50. 13).

Haften des Rechts an der Aeußerlichkeit.

(Sinnliches Element des ältern Rechts.)

I. Der Materialismus.

Das sinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialistische Zuschnitt der Begriffe und Institute. — Das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, Besitz und die Usucapion — wirthschaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des ältern Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts.

XLIII. Hat uns der vorige Paragraph mit der Baumeisterin, so soll uns der jetzige mit ihrem Werk bekannt machen. Nicht alles und jedes aber an diesem Werk gehört *ihr* an, und nicht alles, was wirklich von ihr herrührt, ist das Resultat einer eigentlichen Arbeit. Der juristische Instinkt, die glückliche Organisation des römischen Rechtsgefühls, die bildende Kraft des Verkehrs u. s. w. sind Factoren, die daran ebenfalls ihren Antheil hatten, aber es wäre vergebene Mühe, die Bausteine, die der eine oder andere zugetragen hat, sondern zu wollen. Im Wechselverkehr mit dem Volk und Leben gab und nahm die Jurisprudenz, regte an und ward angeregt, bestimmte und ward bestimmt, und wenn wir daher die technische Gestaltung des ältern Rechts als *ihr* Werk bezeichnen, während wir dasselbe in genauerer Redeweise eine *Schöpfung des juristischen Geistes* nennen müßten, so geschieht es nur darum, weil sie die hauptsächlichste Trägerin und die eigentliche Personification dieses Geistes war. Es ist also nicht die bloße Methode der alten *Jurisprudenz*, mit der sich die folgende Darstellung beschäftigen soll, ihre Art zu denken und zu operiren im Gegensatz zu der des Volks, sondern *das Ringen des römischen Geistes mit dem Rechtsstoff, das im Recht selbst objectiv gewordene juristische Denken der Nation.*

Von dieser Weite in der Fassung unserer Aufgabe machen wir hier sofort Gebrauch. Die Erscheinung nämlich, der sich der

gegenwärtige Paragraph zuwendet, enthält nichts weniger als ein Product der Jurisprudenz. Aber sie gewährt uns einen höchst wichtigen Aufschluß über die Rechtsanschauung der ältern Zeit, sie signalisirt uns den Höhenpunkt ihrer Auffassungsweise, das geistige Niveau der Zeit, das für die Jurisprudenz maßgebend war. Die nächstfolgenden Paragraphen werden uns schon mehr in die eigentliche Werkstätte der Jurisprudenz hinein führen. Wie eng aber das Juristische und Nichtjuristische zusammenhängt, können gerade sie am besten zeigen; denn derselbe Gedanke, mit dem wir in diesem Paragraphen beginnen, der der Richtung der alten Zeit auf die Aeußerlichkeit oder, wie ich es nennen will, das *sinnliche* Element des Rechts, wird uns auch dort unausgesetzt zur Seite bleiben.

Die Sinnlichkeit ist die Vorstufe der Geistigkeit. Alles ursprüngliche Denken der Individuen und Völker ist ein sinnliches, der Geist wird nur dadurch frei von der äußern Erscheinung, daß er eine Zeitlang an ihr gehaftet, an ihr die Vorschule des abstracten Denkens durchgemacht hat. Diesem Naturgesetz, das sich auf allen Gebieten des menschlichen Denkens und Wissens bewährt, unterliegt selbstverständlich auch das Recht.

Aber wie? wird man fragen, ist nicht das Wesen des Rechts damit unverträglich? Denn dasselbe besteht ja gerade in dem Sichlosreißen von der concreten, äußern Erscheinung, im Abstrahiren; jeder Begriff, jeder Rechtssatz enthält ja eine Abstraction, ein Allgemeines, das von dem Besondern absieht. Gewiß; allein nichts desto weniger ist auch hier dem Sinnlichen ein breiter Zugang geöffnet. Zuerst und vor allem nämlich auf der *Erscheinungs-* oder *Verwirklichungsseite* des Rechts d. h. in den Formen, in denen das Recht im Leben wie vor Gericht zur Anwendung und concreten Wirklichkeit gelangt. Dieser Seite entspricht innerhalb der Religion der Cultus, und derselbe Zug der Sinnlichkeit, der sich in letzterem in Form des Ceremonienwesens ausprägt, führt im Recht zum Formenwesen, und die Natur des Rechts setzt hier dem sinnlichen Element so wenig Widerstand ent-

gegen, daß letzteres umgekehrt sich den Zwecken des Rechts in dieser Richtung als höchst förderlich erweist. Von dieser Erscheinung, die ich als Formalismus bezeichne, wird §. 45 u. fl. die Rede sein.

Anders freilich auf der innern Seite des Rechts, der auf dem Gebiet der Religion das Dogma entspricht. Hier handelt es sich nämlich um ein Innerliches und Allgemeines, mögen wir es den Rechtssatz oder den Begriff nennen. In und aus den Verhältnissen des Lebens soll die Rechtsidee erkannt und zur Allgemeinheit des Ausdrucks gebracht, es soll von allem, was die concrete Anschauung besticht und bestimmt, der äußeren Verschiedenheit der Personen, Gegenstände, Verhältnisse, Lagen, Umstände abgesehen und der reine, abstracte Kern gewonnen werden. Ein Beharren in der sinnlichen Vorstellungsweise würde hier, wie es scheint, mit Nichtlösung der Aufgabe gleichbedeutend sein. Und in der That setzt das Recht vermöge seiner eigenthümlichen Natur hier ihr einen ungleich stärkeren Widerstand entgegen, als die Religion es thut. Denn die religiösen Ideen und Abstractionen nehmen willig concrete Gestalt an; die Abstraction der Kraft, in der dem Menschen zuerst die Ahnung des Göttlichen aufgeht, versinnlicht sich zu einem Gott, aber welche concrete Gestalt fände sich für die rechtlichen Abstractionen? Die Rechtsbegriffe und Rechtssätze bleiben, was sie sind; denn die concrete oder selbst poetische Form ihres Ausdrucks betrifft eben nur die Fassung, nicht ihre innere Beschaffenheit und Substanz. Darum, glaube ich, ist es nicht gewagt zu behaupten, daß das Recht das Gebiet ist, auf dem der menschliche Geist mit Nothwendigkeit sich zuerst zur wahren Abstraction hat aufschwingen müssen; das erste Gesetz, mochte es betreffen, was es wollte, war der erste Ansatz des Geistes zur bewußten Allgemeinheit des Denkens, die erste Veranlassung und der erste Versuch, sich über das allgemeine geistige Niveau der Zeit zu erheben.

Allein so sehr nun auch einerseits das Recht gebieterisch zur Abstraction auffordert, so findet doch das sinnliche Element Gele-

genheit, sich in und bei diesem Akt wieder einzudrängen. Der Geist *abstrahirt* — gewiß! aber die Sinnlichkeit ist das Prisma, durch das er die Dinge betrachtet. Er gewinnt *Rechtssätze* — aber der Zuschnitt derselben ist ein substantieller; nur die gröberen, derberen, äußerlich in die Sinne fallenden Momente des Verhältnisses sind in ihnen berücksichtigt, die feineren nicht beachtet. So vergegenwärtigt uns diese Erscheinung, für die ich den Namen *Materialismus* wähle, gewissermaßen das Ringen der Abstraction mit der sinnlichen Anschauungsweise.

Zwischen Materialismus und Formalismus schiebe ich noch eine andere Erscheinung ein (§. 44), die gleichfalls unter den ihnen beiden gemeinsamen Gesichtspunkt des Haftens an der Aeußerlichkeit fällt: *das Haften am Wort* oder die *Wortinterpretation* der älteren Jurisprudenz.

Die materialistische Anschauungsweise.

Die Gesetze und Begriffe einer rohen Zeit sind, wie die Menschen selber, rohe, ungeschlachte Gesellen, die nur ein Auge für das haben, was sie mit der Faust packen können, und wenn Cicero (de off. III, 17) den Gegensatz in der Behandlungsweise des Unrechts Seitens der Gesetze und der Philosophen dahin angibt: leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia, so hat er mit der ersteren Wendung das altrömische Civilrecht in zutreffendster Weise charakterisirt. In der That läßt sich mit ihm das „Handfeste" d. h. das Aeußerliche, Sinnliche, in die Augen Fallende als der Grundzug der Begriffe des älteren Rechts bezeichnen: überall überwiegt die äußere, sichtbare Erscheinungsform über den Gedanken, die Idee, überwiegen die äußeren sichtbaren Folgen über die unsichtbaren, das sichtbare Object des Rechts über das unsichtbare.

Nehmen wir einmal die *Privatdelicte* des ältern Rechts, zunächst den *Diebstahl*. Der rein äußerliche, ganz vom Zufall abhängige, für die innerliche Beurtheilung der strafbaren Gesinnung völlig gleichgültige Umstand, ob der Dieb bei der That

ertappt wird oder nicht (furtum manifestum und nec manifestum), begründet für die Bestrafung desselben den empfindlichsten Unterschied, dort fällt der Dieb dem Bestohlenen als Sklave anheim, hier kann er sich mit Zahlung des Doppelten abkaufen.[583a]) In beiden Fällen ist die Vollziehung der Strafe lediglich dem Bestohlenen anheim gestellt, der äußerlich durch den Diebstahl betroffen ist. Daß auch der Staat dadurch berührt wird, daß der Diebstahl zugleich einen Eingriff in die von ihm gehandhabte Rechtsordnung enthält, das ist der materialistischen Auffassungsweise der ältern Zeit zu hoch, denn diesen Eingriff sieht man nicht. Im Geiste des ältern Rechts wird man annehmen dürfen, daß die äußere diebische Ergreifung der Sache (contrectatio) zum Thatbestand des Diebstahls unerläßlich war, und daß die idealere Erfassung dieses Begriffs, welche von diesem Moment völlig absah, und welche Gellius[583b]) mit Recht als etwas höchst bemerkenswerthes hervorhebt, erst das Product einer späteren Zeit war.

Bei den Injurien spielt natürlich der Unterschied zwischen Real- und Verbalinjurien eine große Rolle. Während letztere, abgesehen von dem Fall der öffentlichen Schmähung und des Pasquills (wenn damit das occentare und carmen condere der XII Tafeln richtig wieder gegeben ist), nur den niedersten Strafsatz von 25 As begründen, übt bei den Realinjurien die äußere Art der Beschädigung einen großen Einfluß aus. Das »membrum ruptum« führt, wenn die Partheien über die Sühne nicht einig

---

583a) Noch weiter geht das deutsche Recht beim Markfrevel, s. Thudichum, Gau- und Markverfassung S. 272. Auch der Unterschied des ältern deutschen Rechts zwischen Mord und Todtschlag ist rein auf die Aeußerlichkeit der Begehungsweise („Offenheit und Heimlichkeit") gestellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Verbrecher in Leidenschaft oder mit Ueberlegung gehandelt hat, „den Unterschied zwischen beiden bildet noch nicht die Verschiedenheit der Gemüthsstimmung, sondern die Verschiedenheit der Handlung selbst," Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I S. 183.

583b) Noct. Att. XI, 18 § 23.: meminisse debemus, furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente et animo, ut furtum fiat, annitente.

werden, zur Talion, das »os fractum vel collisum« wird bei Freien mit 300 As, eine Ohrfeige mit 25 As bezahlt.[583c])

Die lex Aquilia hatte bekanntlich keinen Begriff des damnum injuria datum aufgeſtellt, ſondern nur die einzelnen Hauptfälle namhaft gemacht. Aus ihnen abſtrahirte die ältere Jurisprudenz den Begriff und formulirte ihn als damnum corpore corpori datum[584]) d. h. als Beſchädigung eines Gegenſtandes durch unmittelbare poſitive äußere Einwirkung auf denſelben. Wer durch Oeffnen des Käfichs das Entfliehen oder durch Einſperren den Tod eines Thieres verſchuldet hatte, haftete für nichts, denn im erſten Fall war das Thier nicht beſchädigt, im zweiten Fall nicht durch unmittelbare Einwirkung, dort lag kein damnum corpori, hier kein damnum corpore datum vor. Die lex Aquilia hatte ſich in materialiſtiſcher Weiſe an den ſichtbaren Schaden gehalten. Anders die neuere Doctrin, die dem Begriff der Beſchädigung erſt die erforderliche Ausdehnung gegeben hat. Den äußerſten Gegenſatz zu dem damnum injuria datum des alten Rechts bildet im neuern die actio de servo corrupto des prätoriſchen Edicts. In ihr prägt ſich der ganze Umſchwung der Anſchauung aufs unverkennbarſte aus, denn das corpore corpori datum iſt hier in ſein directes Gegentheil umgeſchlagen, das Delict ſetzt nämlich voraus eine durch moraliſche Einwirkung (animo) bewirkte moraliſche Corruption eines Sklaven (animo datum).

Ebenſo bedeutungsvoll wie die Delicte, die das ältere Recht kennt, ſind die, die ihm fehlen. Plünderung einer Erbſchaft

---

583c) Ueber den Unterſchied zwiſchen den beiden erſten Fällen habe ich nirgends eine befriedigende Auskunft gefunden. Sollte ſich nicht Festus: Rupitias in XII significat damnum dederit benutzen laſſen? Dann würde membrum ruptum nicht Bruch, ſondern Beſchädigung des Gliedes bedeuten und damit ein Gegenſatz zu dem Bruch oder der Zerſplitterung des Knochens (os fractum vel collisum) heraus kommen. In den altgermaniſchen Rechten iſt der Unterſchied ungleich ſchärfer und detaillirter entwickelt als im altrömiſchen. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 729—748.

584) Gaj. III 219. § ult. I. ad leg. Aq. (4. 3).

(das spätere crimen expilatae hereditatis) gilt nicht als Unrecht; es ist ja Niemand da, dem die Sachen gehören, die Beziehung derselben zum künftigen Erben ist etwas lediglich im Gedanken Existirendes. Ebenso wenig der Betrug (dolus). Denn der Betrug enthält keinen äußeren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre; eine falsche Nachricht, ein schlechter Rath u. s. w. ist an sich kein Delict, die Mittel, deren sich der Dolus bedient, sind äußerlich legale. Es ist der Wolf, der sich in den Schafpelz kleidet, der Heuchler unter den Delicten, und erst als man gelernt hatte aufs Herz und nicht mehr bloß auf die Hände zu sehen, griff man auch diesen Sünder, der früher frei durch ging. Der generellen Klage wegen Betruges (act. doli) gingen mancherlei specielle Betrugsklagen für gewisse einzelne Verhältnisse voraus,[584a] wozu auch die wegen doloser Alienation von Seiten des insolventen Schuldners gehört. Der Begriff der Alienation ward dabei ursprünglich lediglich als Veräußerung von Sachen erfaßt (interdictum fraudatorium), während in späterer Zeit auch die Veräußerung von Rechten (z. B. Klagen) unter den Begriff gebracht wurde (act. Pauliana).[584b]

Erheben wir uns von den einzelnen Delicten des ältern Rechts zu seiner allgemeinen sowohl bei den Privatdelicten als bei den Verbrechen zur Anwendung gelangenden strafrechtlichen Anschauungsweise, so gibt es für die hier nachzuweisende materialistische Auffassung des ältern Rechts kaum einen sprechenderen Beleg als die Art, wie dasselbe das Verhältniß des inneren Moments der subjectiven Verschuldung zu dem äußern Moment der That erfaßte. Da ich selber bei einer andern Gelegenheit dieser Erscheinung eine eingehende Untersuchung gewidmet habe,[584c] so

---

584a) Meine Schrift über das Schuldmoment im röm. Privatrecht, Gießen 1867 S. 34 Note 70a.

584b) arg. L. 14 quae in fraud. (42. 8) Hac in factum actione non solum dominia revocantur (Sachveräußerungen) verum etiam actiones restaurantur.

584c) In der in der vorvorigen Note citirten Schrift.

möge es mir hier verſtattet ſein einfach darauf Bezug zu nehmen. Wenn irgendwo das Uebergewicht der äußern Erſcheinung über das innere Moment, an und in dem ſie ihre Richtſchnur finden ſoll, in ſchlagender Weiſe zu Tage tritt, ſo iſt es an dieſem Punkt.

Wenden wir uns von dem Strafrecht dem Civilrecht zu, ſo beſchränke ich mich mit Ausſchluß derjenigen Beiſpiele, welche beſſer in einem andern Zuſammenhang zu behandeln ſind,[584d]) auf ſolche, welche ausſchließlich bei Gelegenheit des gegenwärtigen Geſichtspunkts ihre richtige Verwendung finden. Dahin rechne ich zunächſt die Behandlung des Irrthums über das Object der Verträge. Das ältere Recht berückſichtigt nur den Irrthum über die Species (error in corpore), das neuere hingegen auch den über die Eigenſchaften (ſ. g. error in substantia, materia).[585]) Worauf beruht dieſe Verſchiedenheit? Ich meine darauf, daß das ältere Recht die Richtung des Willens auf ſeinen Gegenſtand mehr äußerlich, das neuere ſie mehr innerlich erfaßt. Wenn der Käufer das bleierne Gefäß irrthümlich für ein ſilbernes hält und bezahlt, ſo hat er, ſagt die ältere Jurisprudenz, nichts deſto weniger dies Gefäß gewollt, ſein Irrthum bezieht ſich bloß auf etwas Innerliches, nicht auf die äußere Identität des Objects. Die neuere Jurisprudenz hingegen folgendermaßen:

584d) Siehe insbeſondere die reale Art des Erwerbs des Eigenthums (§. 47), die ſich auch im alten Pfandrecht (im pignus) wiederholte, bis daſſelbe ſich (in der hypotheca) von dem Erforderniß der realen Ueberlaſſung losmachte (Dernburg, Röm. Pfandrecht I S. 54, welcher mit Recht dieſe Form des Pfandrechts „als etwas ſo Raffinirtes und Ideelles bezeichnet, daß daſſelbe in dem derben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum finde"). Siehe ferner den Nachweis des realen Fundaments der altrömiſchen Obligation (B. 3 Abth. 2).

585) Ueber jenes ſ. die L. 22 de V. O (45. 1), in welcher von der Stipulation d. h. der aus dem ältern Recht ſtammenden obligatio stricti juris die Rede iſt, über dieſes ſ. die L. 9 § 2 de cont. emt. (18. 1), welche von dem dem neuern Recht angehörigen Kaufcontract handelt. Marcellus ſtellt hier zwar noch im Geiſt des ältern Rechts rückſichtlich des letzteren die Behauptung auf: emtionem esse, quia in corpus consensum est, allein Ulpian berichtigt ihn.

Das Object, wie es äußerlich erscheint, ist nicht das, was der Käufer wahrhaft will, sondern er will in demselben die Bestimmung, Macht, Kraft, Tauglichkeit der Sache. Ist dieselbe also eine völlig andere, als er annahm, so ist die Sache selbst eine andere, als die er meinte; sie hat mit letzterer nur den äußern Schein gemein. [586]

Besonders ergiebig für den Gegensatz des ältern und neuern Rechts ist die Lehre von dem Besitz und der Usucapion. Obgleich der Besitz seiner ursprünglichen Natur nach ein rein thatsächliches Verhältniß ist, mithin ganz und gar der materialistischen Behandlungsweise anheimzufallen scheint, so findet doch auch hier der Gegensatz des Materialismus und Spiritualismus Raum genug sich zu bethätigen, wie eben der Vergleich des ältern und neuern Rechts lehrt. So würde z. B. der Erwerb des Besitzes nach materialistischer Ansicht ein Ergreifen (Apprehension im wörtlichen Sinn) erfordern, und daß auch das ältere Recht dies gethan und sich nicht, wie das neuere, mit der bloßen Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, namentlich also nicht mit der s. g. traditio longa manu, dem Zeigen und Sehen der Sache begnügt habe, wird wohl kaum in Zweifel gezogen werden, wenn man bedenkt, daß sich dies Requisit noch bis ins neuere Recht hinein als formeller Akt in dem manu capere der Mancipation erhalten

586) Es ließe sich hier auch die erst durch das ädilitische Edict eingeführte (also dem ältern Recht unbekannte) Verpflichtung des Verkäufers für die heimlichen Fehler und Mängel einzustehen, in Bezug nehmen. Nach älterem Recht hat der Käufer nur im Fall des Nicht-habens (Eviction) einen Regreß gegen den Verkäufer, nach dem Edict auch im Fall des Schlechterhabens. — Auch die bekannte Controverse der Sabinianer und Prokulejaner über die Specification (Gaj. II, 79) dreht sich um unsern Gegensatz. Eine materialistische Auffassung des Begriffs der Identität der Sache wird mit den Sabinianern die Substanz als das Wesentliche der Sache betrachten und daher den Einfluß der Specification auf das Eigenthum läugnen, eine spiritualistischere Auffassung aber mit ihren Gegnern die Form und Bestimmung der Sache für das Entscheidende ansehn und darum mit einer Veränderung derselben eine neue, dem Specificanten zufallende Sache annehmen.

hat. Das Ergreifen (loco movere) verlangten die älteren Juristen [587]) auch bei der Unterschlagung der deponirten Sache von Seiten des Depositars, während die neuere Jurisprudenz die Möglichkeit der Unterschlagung auch ohne eine solche materialistische Vollziehung derselben anerkennt. [588])

Die ältere Jurisprudenz sprach den juristischen Personen die Besitzfähigkeit ab, abermals ganz in Uebereinstimmung mit der natürlichen Gestalt des Verhältnisses, die neuere hingegen erkannte sie ihnen zu. [589]) Die Zulassung des Besitzerwerbes durch freie Stellvertreter ist ebenfalls ein Fortschritt des neueren Rechts, in dem sich unverkennbar eine freiere Behandlung des Verhältnisses kundgibt.

Nach der natürlichen Anschauung ist der Besitz *verloren*, sowie ein Dritter sich denselben angeeignet hat. Dabei hat es das ältere Recht gelassen, während das neuere den Besitz eines Abwesenden bei Grundstücken trotz der Invasion fortdauern läßt. [590])

In ungleich höherem Grade aber hat sich der obige Gegensatz im Lauf der Zeit in der Usucapion bewährt. Die ursprünglichen Requisite derselben bestanden, wie es scheint, [591]) in der Usucapionsfähigkeit der Sache (res furtiva) und dem rein äußerlichen Moment des fehlerfrei (nec vi, clam, precario) erworbenen Besitzes. Die spätere Entwicklung des Instituts bis ins heutige Recht hinein charakterisirt sich durch ein Doppeltes. Einmal durch die Tendenz, den Schwerpunkt des Instituts mehr und

---

587) „plerique veterum" in L. 3 §. 18 de poss. (41. 2).

588) Papinian in L. 47 de poss. (41. 2). Ebenso bei der Verwandlung des Depositums in ein Darlehn in L. 9 §. 9 de R. Cr. (12. 1) . . . etiam antequam moveantur . . . . animo coepit possidere.

589) L. 1 § ult. L. 2 de poss. (41. 2).

590) Ueber jenes s. die Ansicht von Labeo in L. 6 §. 1 L. 7 de poss. (41. 2), über das neuere L. 3 §. 7, 8 L. 25 § 2 L. 45 ibid.

591) *Stintzing* über das Wesen von bona fides und titulus. Heidelberg 1852.

mehr in die subjective Innerlichkeit des Usucapienten zu verlegen — eine Tendenz, die schon in der spätern römischen Jurisprudenz in der Zulassung eines titulus putativus unverkennbar zu Tage tritt und in der bekannten Bestimmung des Canonischen Rechts über die mala fides superveniens ihren definitiven Abschluß erlangt. Sodann durch die Abschwächung oder freiere Behandlung des das äußere, sichtbare Moment der Usucapion bildenden Besitzes, welche sich theils darin bewährt, daß dem Usucapienten der Besitz einer andern Person (seines Vorgängers oder des Pfandgläubigers) angerechnet wird, theils darin, daß die Usucapion durch seinen eigenen Tod nicht unterbrochen wird.[592] Daß die Anstellung der Vindication von Seiten des Eigenthümers die Usucapion nicht unterbrach, war dem materialistischen Charakter derselben durchaus angemessen; bei der longi temporis possessio fand nach der Ansicht, die mir die richtigere zu sein scheint, das Gegentheil Statt,[593] und auch dadurch documentirt sie sich als ein Institut neueren Ursprunges.

---

592) Das Aeußerste, wozu es nach dieser Seite hin kommen könnte, wäre die völlige Beseitigung des Einflusses der Besitzunterbrechung d. h. die Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Besitzesstörung. Damit würde der letzte materialistische Rest der altrömischen Usucapionslehre beseitigt sein. Der erste Ansatz dazu findet sich schon im römischen Recht selbst, nämlich in der angegebenen Fortdauer der Usucapion während der hered. jac. Einen weiteren Schritt hat das Preuß. Landrecht I 9 §. 601, 602 gemacht, indem es die Zusammenrechnung verstattet, wenn inzwischen kein Anderer den Besitz gehabt hat, während das österreichische Recht es beim römischen läßt. Nur das französische hat sich hier, und, wie ich glaube, mit gutem Grunde und nachahmenswerthem Beispiel, völlig von der traditionellen Behandlungsweise emancipirt, indem es dem Verlust des Besitzes, wenn er nicht über Jahresfrist gedauert, oder wenn während der Zeit auf Restitution des Besitzes geklagt ist (die spätere Verurtheilung vorausgesetzt), die Kraft der Unterbrechung der Usucapion abgesprochen hat. K. S. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts. Aufl. 5 von Anschütz Bd. 1 S. 534. Das englische Recht ist sogar soweit gegangen, den Einfluß einer unrechtmäßigen Unterbrechung des Besitzes, selbst wenn sie noch so lange gedauert hat, völlig aufzuheben. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 179.

593) v. Wächter Erörterungen Hft 3 S. 101. Interessant ist es, wie

Ein intereſſantes Beiſpiel für die Veranſchaulichung des Gegenſatzes zwiſchen Materialismus und Spiritualismus gewährt die wirthſchaftliche Entwicklung. Dieſelbe beginnt mit den Gütern, die man ſehen und greifen kann, und erhebt ſich erſt nach und nach zur Wahrnehmung und praktiſchen Verwerthung idealerer Güter. Der Credit, das Talent, die Idee fungiren in unſerm heutigen Güterleben als höchſt werthvolle wirthſchaftliche Factoren, aber wie lange haben ſie unbenutzt und unbekannt da gelegen, bis die Noth des Lebens dazu zwang, auch ſie zu beachten und zu verwerthen. Mit der wirthſchaftlichen Entwicklung aber hält die des Rechts gleichen Schritt, letzteres läßt ſich als das Flußbett der wirthſchaftlichen Strömung bezeichnen, d. h. es iſt zu jeder gegebenen Periode ſo weit und breit, als das Verkehrsbedürfniß es erheiſcht. Darum kann uns die Rechtsgeſchichte dazu dienen, uns über die Stufen und Fortſchritte der wirthſchaftlichen Anſicht und Bewegung Auskunft zu geben. Dies gilt namentlich von der römiſchen [595]) und insbeſondere auch von der Frage, die wir derſelben hier vorlegen wollen, nämlich die: was waren die wirthſchaftlichen Factoren des ältern Verkehrs? Die Antwort lautet: Sachen und als Sachen behandelte Menſchen.

Conſtantin in L. 10 Cod. de poss. (7. 32) dies rechtfertigt, nämlich damit, daß der Beſitzer jetzt super jure possessionis vacillet et dubitet, alſo aus der ſubjectiven Innerlichkeit heraus.

595) So z. B. bezeugt die mancipatio, daß die Römer die Periode des Tauſchhandels ſchon früh zurückgelegt hatten, daß der Kauf urſprünglich ein Baarkauf war und erſt ſpäter ein Handel auf Credit ward. Die älteſten beweglichen Tauſchmittel waren Vieh und Getraide (Bd. 1 S. 141 Anm. 50). In der Werthſchätzung der Sachen ſtanden obenan Grundſtücke, Sklaven und Zug- und Laſtvieh; dies ergibt ſich aus ihrer Auszeichnung gegenüber allen andern Sachen (res mancipi — erſtes Kapitel der lex Aquilia — ädilitiſches Edict —). Von den Prädial-Servituten ſind Wege- und Waſſergerechtigkeiten die älteſten, erſt ſpäter erkannte man auch den Werth und das Bedürfniß der übrigen, die Urbanalſervituten ſind das Product der Zeiten des Luxus, in denen die Begriffe über das Erforderniß der Nützlichkeit der Servitut (servitus fundo utilis) ſich weſentlich verfeinert hatten.

Die freie menschliche Kraft, das Talent, die Fertigkeit u. s. w., waren noch nicht *als solche* d. h. unabhängig von dem Product, in dem sie sich beim Kauf mittelbar bezahlt machen, Erwerbsquellen, Gegenstände des Verkehrs geworden. Die entsprechende juristische Form für die Verwerthung der menschlichen Kraft ist die Klagbarkeit des auf sie gerichteten Miethvertrages (locatio operarum und operis); im ältern Rechte war dieser Vertrag, wie an späterer Stelle nachgewiesen werden soll, noch nicht klagbar — ein Beweis, daß der Verkehr das Bedürfniß darnach noch nicht empfand. Allerdings kannte man auch im ältern Rom den wirthschaftlichen Werth des *Arbeiters*, aber nur in der beschränkten Form einer ihn selber in seiner Totalität ergreifenden und dahin gebenden Macht und Herrschaft (Sklaverei, Mancipium, Schuldknechtschaft). Was man dagegen nicht kannte, war die juristische Ablösung der einzelnen geistigen oder körperlichen Arbeit von dem Arbeiter, die Erhebung derselben zu einem rechtlichen Tauschobject in Form der Klagbarkeit des Miethcontracts. War diese Idee der alten Zeit zu hoch, oder überhob das Institut der Sklaverei sie der Nothwendigkeit, der Arbeit Anerkennung und Rechtsschutz zu gewähren? Daß nicht auch schon in ältester Zeit einzelne Dienstleistungen um Lohn vorgekommen sein mögen, soll damit ebenso wenig bezweifelt werden, als daß man sie schon vor Einführung der act. locati conducti mittelst Conventionalstrafe indirect zum Gegenstande eines bindenden Versprechens machen konnte, allein die directe Klagbarkeit eines auf entgeltliche Erweisung von Dienstleistungen gerichteten Vertrags gehört jedenfalls erst den letzten Jahrhunderten der Republik an, und sie beschränkte sich zudem lange Zeit hindurch auf Dienstleistungen niederer Art (operae locari solitae) — Kunst und Wissenschaft treten erst spät in den Kreis des Rechts ein.

Wie es nun die ältere Zeit noch nicht zu einer Abstraction der einzelnen Arbeit von dem Arbeiter, so hat sie es auch noch nicht zu einer Abstraction der einzelnen Gebrauchshandlung von der Sache gebracht. Wie der Arbeiter, so zu sagen, nichts ist als

der Inbegriff, die Summe von zukünftigen, einzelnen Leiſtungen, ſo die Sache der reale Niederſchlag, die von der Natur gegebene Concentration einer Reihe von in der Zukunft möglichen Dienſtleiſtungen derſelben; der Werth beider iſt im Grunde nichts anderes als die nach Grundſätzen des Disconto berechnete Summe der ſämmtlichen während ihrer Exiſtenz möglichen Dienſte nach Abzug der Gewinnungskoſten. Der Kaufpreis iſt die Escomptirung des geſammten wahrſcheinlichen Miethzinſes. Hat nun die Sache nur darum einen Werth, weil ſie die Summe dieſer einzelnen Dienſtleiſtungen iſt, ſo bilden letztere eine Quote dieſes Werths, und in wirthſchaftlicher wie rechtlicher Beziehung müßte von den Nutzungen einer Sache ganz daſſelbe gelten, wie von der Sache ſelbſt, das Recht müßte alſo nicht bloß die entgeltliche Ueberlaſſung, ſondern auch die Vorenthaltung, Störung oder verzögerte Ueberlaſſung der Nutzungen auf gleiche Linie ſtellen mit dem Verkauf, der Vernichtung, Beſchädigung der Sache ſelbſt. Allein dieſe idealen Partikeln der Sache, dieſelbe als Summe einzelner Gebrauchsakte gedacht, fallen nicht gleich der Sache ſelber in den Raum, ſondern lediglich in die Zeit, und dieſe Verſchiedenheit, die das geübte Auge nicht beirrt, wird doch für die materialiſtiſche Anſchauungsweiſe ſehr einflußreich,[595a] wie dies jetzt am ältern Recht nachgewieſen werden ſoll.

Die Entziehung der Nutzungen einer Sache kann theils den Charakter eines Delicts (furtum usus) annehmen, theils bei Gelegenheit eines anderen auf Reſtitution der Sache ſelbſt gerichteten Verhältniſſes (in rem und in personam actiones) Grund eines acceſſoriſchen Anſpruches werden (omnis causa und mora). Daß nun das furtum usus ſpäteren Urſprunges iſt als das furtum rei, davon bin ich zwar feſt überzeugt, habe dafür jedoch keinen äußeren Beleg. Anders aber rückſichtlich des zweiten Falles.

595a) Was Seneca de brevit. vit. c. 8 von der Beachtung der Zeit überhaupt ſagt, gilt von ihr auch in dieſer Richtung: fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit ideoque vilissima aestimatur.

Hier läßt sich meiner Ansicht nach positiv nachweisen, daß das ältere Recht auf entzogene Nutzungen, insofern sie sich nicht *räumlich* d. h. als *Früchte* abgelöst hatten, keine Rücksicht genommen hat. Denn bei den persönlichen Klagen lassen sich dieselben nur unter dem Gesichtspunkte des Interesses verfolgen, das ältere Recht aber kennt keine Liquidation des Interesses (S. 103 fl.), bei dinglichen Klagen aber kommen nur die *Früchte* in Anrechnung. Nun fallen zwar im neuern Recht auch die Nutzungen (als fructus civiles) unter den Fruchtbegriff,[596] allein daß der ursprüngliche Umfang dieses Begriffs ein engerer war und sich auf die wirklichen Früchte beschränkte, liegt schon im Namen, und jene Ausdehnung verräth meines Erachtens unverkennbar die spiritualistischere Auffassung einer späteren Zeit. Der Grund, warum man in allen jenen Fällen die entzogenen Nutzungen nicht in Anrechnung bringen konnte, liegt nicht in der *Strenge* des alten Rechts, welchen Ausdruck man namentlich gern für die Condictionen gebraucht — das ist eine hohle Phrase — sondern in der Rohheit der wirthschaftlichen Ansicht, der nur das sichtbare und greifbare Object, die Sache selbst und die Früchte, nicht aber das idealere Stück der Sache, die zeitweise Möglichkeit ihres Gebrauchs als wirthschaftliches Gut und rechtlich zu verfolgendes Object erschien. Hätte man den wirthschaftlichen Werth desselben erkannt, so würde auch der Richter ihn haben zuerkennen müssen. Was der Verkehr *schätzt* (magni facit), *schätzt* (aestimat) auch der Richter. *Die richterliche aestimatio enthält den rechtlichen Ausdruck des wirthschaftlichen Werthbewußtseins der Zeit*, beide können auf die Dauer nie erheblich divergiren.

Ignorirte nun der ältere Verkehr die Nutzungen der Sache, wo sie nur accessorisch in Betracht kamen, so folgt daraus zwar

---

596) L. 62 pr. de R. V. (6. 1). Den ersten Anstoß zu jener Ausdehnung mag die fructus licitatio beim interdictum uti possidetis gegeben haben; hier machte sie sich gewissermaßen von selbst.

nicht, daß er ſie nicht dennoch ſelbſtändig in Form von Pacht und Miethe hätte verwerthen können, allein auch nach dieſer Seite hin ſcheint mir die oben bereits erwähnte Thatſache höchſt beachtenswerth, daß es für ſie dem alten Recht an einem Maßſtab der richterlichen Schätzung fehlte. Worauf hätte der Richter den Vermiether oder Verpächter, der ſich der Erfüllung des Vertrages weigerte oder den Gegner vor der Zeit exmittirte, verurtheilen ſollen? Allerdings bot, wie bereits bemerkt, die Conventionalpön ein indirectes Sicherungsmittel, allein daß es eben eines indirecten Mittels bedurfte, daß das Recht nur Verpflichtung auf das Geben (dare) einer Sache anerkannte, das facere aber (im römiſchen Sinne fällt darunter auch die Miethe von Sachen wie von Perſonen) nicht für ein richterlich ſchätzbares Werthobject anerkannte, beweiſt eben die von mir dem ältern Verkehr und Recht zur Laſt gelegte materialiſtiſche Erfaſſung des Werthbegriffs. Der Ausdruck: quanti ea res est, mittelſt deſſen der Prätor den Richter zur Aeſtimation anwies, hatte wie der Ausdruck fructus urſprünglich eine rein wörtliche Bedeutung; Sache und Werth waren urſprünglich und lange gleichbedeutend.[597])

Das Reſultat der bisherigen Ausführung läßt ſich in den Satz zuſammen faſſen: der ältere Verkehr operirte mit Sachen, und wir gewinnen damit zugleich einen paſſenden Uebergang zum Folgenden. Dieſer Satz hat nämlich außer der ſo eben betrachteten wirthſchaftlichen noch eine ſpecifiſch juriſtiſche Bedeutung.

---

597) Wie lange die alte Anſchauungsweiſe, die bei der Schätzung nur die Sache ſelbſt in ihrer Totalität ins Auge faßte, ſich erhielt, dafür gibt die L. 3 §. 1 uti poss. (43. 17) einen intereſſanten Beleg. Wie der Beſitz juriſtiſch etwas anderes iſt als das Eigenthum, ſo hat er auch einen andern Aeſtimationswerth. Nichts deſto weniger wollte noch Servius den Werth der Sache als Werth des Beſitzes gelten laſſen: tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est, wogegen denn Ulpian mit Recht bemerkt: sed longe aliud est rei pretium, longe aliud possessionis. S. auch Fr. Mommſen Lehre vom Intereſſe S. 47 fl.

Vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus möge man den Tauschverkehr als eine Uebertragung und Circulation der *Sachen* ansehen, vom Standpunkt des Juristen ist er eine Uebertragung von *Rechten*. Wer eine Sache erwirbt, verlangt vom Staat den rechtlichen Schutz seines Erwerbes, der Ausdruck aber für den ihm darauf gewährten Anspruch ist *Recht*. Die Uebertragung einer Sache heißt daher juristisch Uebertragung des *Rechts*. Der *Güterverkehr* ist *juristisch* Begründung, Uebertragung, Aufhebung von *Rechten*.

Die Richtigkeit dieser Bemerkung springt überall, wo es die Bestellung oder Uebertragung eines anderen Rechts an der Sache als des Eigenthums gilt, sofort in die Augen, anders aber bei der Uebertragung des Eigenthums, bei dem, so zu sagen, Recht und Sache sich decken. Aeußerlich geht hier die Sache selbst über, und eine an der äußeren Erscheinung klebende Auffassung kann über diesem äußern Vorgang leicht den innern, den Uebergang des Rechts, übersehen oder richtiger mit ihm verwechseln. So auch das ältere Recht. Eigenthumsübertragung ist ihm in der That, so paradox es klingt, nicht Uebertragung des Eigenthums, sondern der Sache. Die Uebertragung des Rechts selbst als eines von dem bisherigen Innehaber zu lösenden Dinges von objectiver idealer Existenz ist ihm zu spitz, zu abstract. Darum löst die ältere Zeit den Hergang bei der Eigenthumsübertragung auf in ein Zurücktreten des bisherigen Eigenthümers von der einen und ein Eintreten des neuen in die frei gewordene Sache von der andern Seite. So entschieden bei der mancipatio. So auch bei der gerichtlichen Abtretung (in jure cessio). Der juristischen *Form* nach findet bei letzterer das gerade Gegentheil der Succession in ein Recht Statt, denn der Erwerber, anstatt von dem bisherigen Innehaber sein Recht *abzuleiten*, bestreitet ihm umgekehrt die Zuständigkeit desselben, letzterer überträgt nicht, sondern *tritt ab*, weicht zurück (cedit in jure), jener aber leitet sein Recht formell aus seiner eignen Person ab (vindicat). Ob auch die Tradition in dieser Weise aufgelöst werden darf, kann

zweifelhaft ſein. Für das neuere Recht halte ich es allerdings nicht für zuläſſig, allein dies ſchließt die Annahme für das ältere Recht nicht aus.

Der im Vorhergehenden aufgeſtellten Behauptung ließe ſich die Faſſung geben, daß das ältere Recht keine eigentliche Succeſſion d. h. keinen Eintritt in das Recht, ſondern nur in die Sache eines Andern kannte. Daraus aber würde folgen, daß alle Rechte mit Ausnahme des Eigenthums unübertragbar geweſen ſeien, denn jener Erſatz der Succeſſion ins Recht durch Succeſſion in die Sache war nur beim Eigenthum möglich, weil nur hier Sache und Recht ſich deckten. Iſt jene Behauptung nicht eine verwegene? So ſcheint es. Zunächſt kann man mir entgegenſetzen die Univerſalſucceſſion. Allein bei ihr erfolgt der Eintritt bekanntlich nicht in die einzelnen Rechte, ſondern in die Geſammtperſönlichkeit des Erblaſſers oder, um dieſen neuerdings angefochtenen Ausdruck zu vermeiden, der Erbe wird in allen Beziehungen Repräſentant des Erblaſſers, loco defuncti. Dies Verhältniß ſcheidet daher von unſerer Betrachtung völlig aus, denn unſere Behauptung bezieht ſich nur auf die Unübertragbarkeit der einzelnen Rechte d. h. die Möglichkeit der Singularſucceſſion. Nun läugne ich allerdings nicht, daß das römiſche Recht neben den Verhältniſſen, in denen es an dieſer Unübertragbarkeit fortdauernd feſtgehalten, nämlich dem Mancipium (S. 75), der Obligation, den Servituten und der Erbſchaft (mit Ausnahme der deferirten hereditas legitima) auch ſolche kennt, in denen es eine Uebertragung zuläßt, nämlich aus dem Familienrecht: die Uebertragung der väterlichen Gewalt und der Tutel, aus dem Vermögensrecht die gerichtliche Abtretung der deferirten hereditas legitima.[598]) Allein gerade die Art und Weiſe, wie es den Ueber-

598) Daß der Innehaber der patria potestas das Kind einem Andern ins mancipium oder in die manus geben, und ebenſo der Ehemann als Innehaber der manus die Frau durch Remancipation in das Mancipium bringen konnte, berührt meine obige Behauptung nicht, denn hier wird nicht das bisherige Herrſchaftsverhältniß übertragen, ſondern ein neues, das

gang hier bewerkstelligt, ihn nämlich künstlich mit seiner Anschauungsweise vermittelt, setzt letztere selbst in ein helles Licht. In allen diesen Fällen greift es nämlich zur in jure cessio, gibt also der Sache nach der obigen Bemerkung die Wendung, daß der Cedent nicht *überträgt*, sondern sich die Anerkennung des Cessionars als des allein Berechtigten durch den Prätor gefallen läßt. Ganz schlagend tritt dieser Vorgang namentlich im Fall der Adoption hervor,[599] denn hier hat der dreimalige, beziehungsweise einmalige Scheinverkauf ins Mancipium geradezu den erklärten Zweck, die väterliche Gewalt zu *vernichten*, damit der Cessionar als Vindicant auftreten könne.

Ich werde an einer andern Stelle versuchen, für den so eben begründeten Satz von der Unübertragbarkeit der Rechte noch einen andern Erklärungsgrund zu gewinnen, an der gegenwärtigen Stelle genügt es, seinen Zusammenhang mit dem Materialismus der ältern Rechtsansicht aufzudecken. Oder richtiger gesagt, es bedarf dessen nicht, denn derselbe liegt auf offner Hand. Ein Eintritt in fremde *Rechte* mag *uns* immerhin noch so natürlich erscheinen, der ganze Vorgang beruht nichts desto weniger auf Abstraction, er geht rein auf dem Gebiete des Gedankens vor sich, das natürliche Auge sieht ihn nicht. Ganz anders, wenn der Gegenstand selbst (Sache oder Person) übertragen wird, hier ist ein sichtbares Object vorhanden, an dem der Wechsel der Personen augenfällig hervortritt.[600]

---

bisherige nicht bloß beschränkendes, sondern aufhebendes und die Person in ihrer Totalität ergreifendes Herrschaftsverhältniß begründet. Auch hier wird aber nicht ein Recht *an* der Person, sondern die Person selbst übertragen, oder wenn wir für Person und Sache einen gemeinsamen Namen wählen, der *Gegenstand*.

599) wie v. *Scheurl* in seiner dissert. de modis liberos in adoptionem dandi. Erlangae 1850 treffend nachgewiesen hat. Er vergleicht den Hergang mit Recht mit der Delegation, die bekanntlich nicht sowohl eine *Uebertragung* der Obligation, als vielmehr Untergang der alten und Errichtung einer neuen ist.

600) Es läßt sich hier die Stelle von Quintilian. Inst. O. V, 10

Eine Spur dieser alten Auffassung, von der sich im übrigen das neuere römische Recht mehr und mehr emancipirt hat, ist noch erhalten in der von Justinian in seinen Institutionen adoptirten und dadurch zur großen Celebrität gelangten Classification der Dinge in res corporales und incorporales.[601] Während alle übrigen Rechte zur letzteren Classe gestellt werden, figurirt hier das Eigenthum als res corporalis. Ueber die Verkehrtheit dieser Identificirung des Eigenthums mit seinem Gegenstande sollte man meiner Ansicht nach kaum getheilter Meinung sein können. Das Eigenthum ist ebensowohl eine res incorporalis als die übrigen dinglichen Rechte, und bei der Uebertragung desselben geht juristisch nicht die res corporalis, sondern das Recht, die res incorporalis, über. Nichts desto weniger hat dieser systematische Fehler eine historische Wahrheit, denn er enthält eben den völlig adäquaten Ausdruck der entwickelten älteren Vorstellungsweise, wonach beim Eigenthum die Sache, so zu sagen, das Recht verdeckte.[602]

So erscheint also nach unsern bisherigen Ausführungen der Werth-, Frucht- und Successionsbegriff ursprünglich ganz angelehnt an die Sache, während er im neueren Recht sich von ihr abgelöst hat. Diese Beobachtung führt von selbst zu der Frage, ob sich dieselbe Erscheinung nicht auch rücksichtlich anderer Begriffe wiederhole, und in der That brauchen wir nicht

---

§. 111 sq. benutzen, worin er die Frage untersucht, ob Forderungen Gegenstand der occupatio bellica sein können. Dabei heißt es in §. 116: non potuisse donari a victore jus, quia id demum sit ejus, quod teneat; jus, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse . . . ut alia sit conditio heredis, alia victoris, quia ad illum jus, ad hunc res transeat.

601) Inst. de reb. corporal. et incorpor. (2. 2). Ulp. XIX §. 11 L. 14 pr. de serv. (8. 1) L. 1 §. 1 de R. D. (1. 8).

602) Interessant ist auch die Erscheinung, auf die Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts S. 6 aufmerksam macht, daß der römische Sprachgebrauch „die Thatsache nennt statt des Rechts auf dieselbe" z. B. pignus (das Pfand und Pfandrecht), superficies (das Haus und das Recht darauf), iter, via (der Weg und die Weggerechtigkeit) u. a. m.

lange zu suchen. Alle Begriffe und Verhältnisse, die im spätern Recht außer an Sachen auch an andern Gegenständen vorkommen, haben in der Sache ihren ursprünglichen und natürlichen Ausgangspunkt gehabt. So zuerst der Besitz. Die primitive Form desselben ist der Sachenbesitz, der Quasibesitz ist ungleich jüngeren Ursprunges, ja er ist bei den Römern nicht einmal zur völligen Reife der Entwicklung gelangt. Sodann das Pfandrecht. Ursprünglich beschränkt auf Sachen ist es im spätern Recht auf alle Rechte ausgedehnt, die einen Geldwerth haben und sich irgendwie übertragen lassen z. B. Forderungen und Nießbrauch.[603] Von den Universalklagen: der hereditatis petitio, dem interdictum quorum bonorum, dem interd. possessorium des bonorum emtor geht die erstere zur Zeit der classischen Juristen auch gegen juris possessores; daß sie ursprünglich nur gegen die Besitzer erbschaftlicher Sachen gerichtet war, wird um so weniger beanstandet werden, als diese Beschränkung bei den beiden letztern sich auch noch in späterer Zeit erhalten hat.[604] Schließlich und vor allem ist aber die Obligation hervorzuheben. Für sie bildete die Sache ursprünglich sowohl das Fundament, den Grund, als den Zweck, den Gegenstand des Anspruchs. Jenes — denn der Grund einer jeden Obligation im Sinn des älteren Rechts[605] ist der Umstand, daß der Schuldner vom Gläubiger etwas (res) erhalten (de-habet = debet) letzterer ihm etwas gegeben (cre-dedit = credidit), sei die

---

603) So auch das pignus in causa judicati captum. Die Bedeutung des Fortschritts vom verus ususfructus zum quasi ususfructus nebst den entsprechenden Erscheinungen des Obligationenrechts (depositum irregulare, locatio irreg. u. a.) kann ich erst im dritten System klar machen.

604) L. 2 quor. bon. (43. 2). S. auch Note 584b über das interd. fraudatorium. Im Justinianeischen Recht ist selbst die immissio in possessionem oder das pignus praetorium auf Forderungen ausgedehnt, L. 1 Cod. de praet. pign. (8. 22).

605) Der Anspruch des durch ein Delict Verletzten fiel ursprünglich nicht unter den Gesichtspunkt der Obligation, B. 1. S. 129 fl.

Hingabe wirklich erfolgt (Realcontract) oder nur rechtlich angenommen (Literal- und Verbalcontract). Dieſes — jede Obligation geht im ältern Recht auf ein dare, das Geben einer Sache, rem persequitur; in dem Ausdruck actio rei persequendae causa, der ſpäter auch die obligationes faciendi umfaßt,[606] iſt res wie in dem quanti ea res est urſprünglich im wörtlichen Sinn gebraucht geweſen. Die nähere Ausführung bleibt einer ſpätern Stelle vorbehalten. An keinem Verhältniß bewährt ſich der Spiritualismus des neuern römiſchen Rechts in dem Maße als an der Obligation. Denn nicht bloß daß ſie ſich von der res nach beiden Seiten hin abgetrennt hat, ſo hat ſie ſelbſt ſich gewiſſermaßen zu einer idealen res aufgeſchwungen. Der neuere Verkehr operirt mit dieſem Object mit derſelben Leichtigkeit und Sicherheit, wie es der alte nur mit den Sachen thun konnte. So kann z. B. ein Verſprechen und eine Klage wie auf Hingabe eines körperlichen, ſo auf Leiſtung dieſes unkörperlichen Objects (Abſchluß eines Contracts),[607] wie auf Rückgabe jenes, ſo auf Rückgabe dieſes (Liberation) gerichtet werden. So kann man ſchenken, erfüllen, liberiren, Auslagen machen u. ſ. w. ſtatt durch Sachen durch Uebernahme einer Obligation. Die beſtehende Obligation kann verkauft, verpfändet, legirt, cedirt, durch den Richter mit Beſchlag belegt, durch das Geſetz transferirt werden — kurz ſie fungirt hier in der That ganz ſo, wie in älterer Zeit die Sache.

Als Gewinn der bisherigen Ausführungen dürfen wir den Satz bezeichnen, daß die ſinnliche Vorſtellungsweiſe der ältern Zeit ſich auch im Recht nicht verläugnet hat. Daß dieſer Zug derber Sinnlichkeit, mit dem das Recht nur der Zeit ſeinen Tribut bezahlt hat, dieſe ſubſtantielle Schwere, dieſer maſſive Zuſchnitt ſeiner Verhältniſſe und Begriffe die ſcharfe juriſtiſche Erfaſſung

606) §. 17 I. de act. (4. 6) .. rei persequendae causa comparatae videntur veluti .... commodati, depositi, mandati, pro socio u. ſ. w.

607) z. B. damnatus vendere vel locare L. 44 de solut. (46. 3).

und Durchbildung derselben nicht im Mindesten gehemmt oder beeinträchtigt hat, davon werden wir im Verlauf der Darstellung oft genug Gelegenheit haben uns zu überzeugen.

II. Das Haften am Wort.

Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tendentiöses Element derselben.

In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt.
Cic. pro Murena c. 12.

XLIV. Das Haften am Wort ist eine von den Erscheinungen, durch die sich die Unreife geistiger Entwicklung wie überall so auch im Recht kennzeichnet, und die Rechtsgeschichte könnte über ihr erstes Kapitel den Satz „im Anfang war das Wort" als Motto schreiben. Allen ungebildeten Völkern erscheint das Wort, sowohl das geschriebene als das gesprochene solenne Wort (die Formel) als etwas Geheimnißvolles, und der naive Glaube stattet es mit übernatürlicher Kraft aus. Nirgends war dieser Glaube an das Wort mächtiger als im alten Rom. Der Cultus des Worts geht durch alle Verhältnisse des öffentlichen und Privatlebens, der Religion, Sitte und des Rechts.[608] Das Wort ist dem alten Römer eine Macht, es bindet und löst, und es hat, wenn auch nicht die Kraft, Berge, so doch Früchte auf ein fremdes Feld zu versetzen,[609] ja sogar die Gottheit vom Himmel auf

608) Eine reiche Materialiensammlung gewährt das bekannte Werk von Brissonius de vocibus ac formulis.

609) Die XII Tafeln enthielten gegen den Versuch einer solchen Anwendung der Zaubersprüche Strafbestimmungen, Plin. Hist. Nat. XXVIII, 2, 4: qui fruges excantasset. Ueber die dem Wort beigelegte mystische Kraft siehe vor allem die classische Stelle bei Plinius H. N. XXVIII 3—5. Noch in der spätern Zeit spielen die Zaubersprüche eine große Rolle, s. z. B. Apulejus (ed. Bip.) Metam. I p. 10, de magia oratio II. p. 52 virtutes . . violentia cantionum.

die Erde zu ziehen (devocare) und aus der belagerten Stadt heraus zu treiben (evocatio deorum), kurz „der Formel wohnt, um mich der Worte eines neuern Alterthumsforſchers zu bedienen, nicht bloß die Kraft des menſchlichen Willens, ſondern eine höhere, eine göttliche und darum auch die Götter bindende Kraft bei." — Mit welcher Strenge und Pedanterie daher auch die alte Jurisprudenz auf ihrem Gebiete das Wort handhaben mochte, ſie gerieth dadurch mit der nationalen Denkweiſe in keinen Widerſpruch, ja im Gegentheil es gab eine Zeit, und ſie dauerte lange, wo dieſelbe Wortklauberei der Juriſten, die ſpäterhin ein ſo dankbarer Stoff für die Perſiflage eines Cicero ward und ſelbſt aus dem Munde von Juriſten und Kaiſern ihr Verdammungsurtheil hören mußte,[610] in den Augen des Volks, weit entfernt den Juriſten zum Vorwurf zu gereichen, als Beweis des Scharfſinns und der Ueberlegenheit galt, und wo die entgegengeſetzte freiere Interpretation, welche die ſpätere Jurisprudenz namentlich bei den Verträgen des jus gentium zur Anwendung brachte, nicht bloß auf kein Verſtändniß, ſondern auf die entſchiedenſte Oppoſition hätte rechnen müſſen. Es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um die Jurisprudenz ſowohl wie das Volk in dieſer Beziehung umzuſtimmen und einer freieren Art der Auslegung zugänglich zu machen.

610) Gaj. IV §. 30: nimia subtilitas veterum; Conſtantin in L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58): Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes, namentlich aber Cicero z. B. pro Caecina c. 23: aucupia verborum et literarum tendiculas; de off. I c. 10, pro Murena c. 11—13, de orat. I, 55: praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum. Keiner nahm übrigens wohl einen für das Verſtändniß jenes Wort- und Formelweſens ſo ungeeigneten Standpunkt ein als Cicero. Denn ganz abgeſehen von ſeiner unverkennbaren Tendenz, die Jurisprudenz im Intereſſe der Redekunſt zu erniedrigen, einer Tendenz, die ihn eingeſtandenermaßen bei ſeiner Rede pro Murena zu ſeiner bekannten Diatribe gegen die Juriſten verleitete, ſo mußte einem Redner, wie ihm, dem man alles andere eher vorwerfen kann als Aengſtlichkeit im Gebrauch ſeiner Worte, oder gar einem Literaten, wie Mommſen ihn nennt, jenes peinliche und ſcrupulöſe Abwägen der Worte von Seiten der Juriſten doppelt anſtößig ſein.

Die Herrschaft des Worts im ältern Recht äußert sich nach zwei Seiten hin, oder, was dasselbe sagen will, der Wille ist rücksichtlich des Gebrauchs der Worte in doppelter Weise beschränkt. Einmal nämlich dadurch, daß ihm die Wahl derselben bis zu einem gewissen Grade völlig entzogen ist, indem die gültige Vornahme der verschiedenen Rechtsgeschäfte an den Gebrauch gewisser Stichworte oder stehender Formeln gebunden ist. Andererseits aber, auch insoweit die Wahl der Worte für die Fassung des concreten Willensinhalts ihm selbst anheim fällt, dadurch daß es hierbei der peinlichsten Genauigkeit und Achtsamkeit bedarf, indem vermöge des Princips der Wortinterpretation nur das als gesetzt und gewollt gilt, was direct und ausdrücklich gesagt ist. Dort handelt es sich um eine typische, abstracte, hier um die rein individuelle, concrete Form, und wir könnten daher von zwei formalistischen Beschränkungen sprechen und beide mit dem Zusatz abstract und concret unter dem Ausdruck Formalismus zusammenfassen. Da jedoch der Sprachgebrauch diesem Ausdruck einmal eine ausschließliche Beziehung auf das erste Verhältniß gegeben hat, so stehe ich um so eher davon ab, als mir ein solches Bedürfniß der Zusammenfassung beider unter einen Namen überall nicht vorhanden zu sein scheint. Beide verhalten sich, wenn sie auch derselben Quelle entstammen, doch im übrigen völlig selbständig gegen einander; der Formalismus kann ohne die Wortinterpretation vorkommen (man denke z. B. an unser heutiges Testament) und umgekehrt letztere ohne ersteren (z. B. bei der Interpretation der Gesetze).

Die gemeinsame Quelle, aus der beide hervorgehen, ist meiner Ansicht nach das subjective Haften an der äußern Erscheinung. Beide charakterisiren sich nämlich durch die Präponderanz des äußern über das innere Moment, der Form über den Inhalt; die subjective Stimmung aber, die dieser objectiven Thatsache entspricht, und in der mithin ihr historisches Motiv zu suchen ist, besteht in der Richtung des Geistes auf die Aeußerlichkeit, in der Sinnlichkeit der Anschauungsweise. Die Richtigkeit dieser

Auffaſſung rückſichtlich des Formalismus kann erſt in §. 45 nachgewieſen werden, rückſichtlich der Wortinterpretation, der unſere gegenwärtige Betrachtung gewidmet iſt, wird ſie ſich aus der folgenden Ausführung über das Verhältniß des Worts zum Gedanken ergeben.

Die Art und Weiſe, wie das Wort den Gedankenaustauſch vermittelt, kann man ſich in doppelter Weiſe denken, und auf dieſer Verſchiedenheit beruht die Möglichkeit jener zwiefachen Art der juriſtiſchen Interpretation, für die man den wenig zutreffenden Namen der grammatiſchen und logiſchen gewählt hat.[610a])

Es klingt paradox, wenn ich die Frage aufwerfe, ob das Wort überall im Stande iſt, den Gedanken wieder zu geben, und doch iſt dieſe Frage nicht bloß zu erheben, ſondern ſogar zu verneinen. Der Gedanke iſt ein innerer Vorgang des ſubjectiven Geiſteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine Denkwelle — eine Bewegung aber läßt ſich nicht objectiviren. Nur um den Preis alſo kann der Gedanke aus dem Schooß der ſubjectiven Innerlichkeit in die Außenwelt treten, daß er ſein eigentliches Weſen einbüßt d. h. daß er erſtarrt; der ausgeſprochene Gedanke iſt, ſo zu ſagen, gefrorenes Denken.[610b]) Nur im uneigentlichen Sinn können wir daher von einer Uebertragung oder Mittheilung des Gedankens ſprechen; übertragen wird nicht der Gedanke ſelbſt, ſondern das Wort gewährt nur den Anſtoß und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges, der Reproduction einer ähnlichen geiſtigen Bewegung in der Seele des

610a) Das Beſte über dieſen Unterſchied findet ſich bei Kierulff Theorie des Civilrechts S. 21 fl., allein auf den letzten Grund deſſelben iſt auch er nicht eingegangen; die Darſtellungen in den meiſten Pandektencompendien ſind ungenügend, und auch das Werk von Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römiſchen Rechts hat die Sache um nichts gefördert.

610b) Ich kann es mir nicht verſagen an den Ausdruck, den Schiller in den Votivtafeln dieſem Gedanken gegeben hat, zu erinnern:

Warum kann der lebendige Geiſt dem Geiſt nicht erſcheinen?
Spricht die Seele, ſo ſpricht ach! ſchon die Seele nicht mehr.

Hörers, wie in der des Sprechenden. Sprechen heißt eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Hörer. So wenig wie das Wort auf der Luftwelle treibt und schwimmt, die an das Ohr des Hörenden schlägt, sondern wie das Wort nichts ist als Schwingung der Luftwelle, ebensowenig trägt das Wort den Gedanken, so zu sagen, als seinen geistigen Inhalt zu uns hinüber, sondern es bewirkt nur eine entsprechende Schwingung unseres Geistes. Das Wort ist keine Gabe, sondern physikalisch wie moralisch eine Einwirkung auf einen andern Gegenstand, ein Stoß. Diese Einwirkung hervorzurufen und zwar ganz die, welche der Urheber beabsichtigt, dazu ist oft ein Blick, eine Gebehrde, ein Wink eben so gut im Stande als das Wort; der beste Beweis, daß die Möglichkeit der geistigen Mittheilung nicht auf der Nothwendigkeit einer Objectivirung des Gedankens beruht — denn was hat sich in jenen Zeichen objectivirt? wie unendlich weit bleiben auch bei dem wörtlichen Gedankenausdruck die gebrauchten Worte hinter dem Gedanken zurück, ohne daß dadurch die Treue und Vollständigkeit seiner Reproduction in der Seele des Andern im mindesten beeinträchtigt würde — sondern auf der Gewährung eines Impulses zum verwandten Denken. Das Princip der Mittheilung ist bei der durch Worte ganz dasselbe, wie bei der durch Zeichen; das eine Mittel ist vollkommen, das andere unvollkommen, aber sie wirken in derselben Weise, beide geben nicht den Gedanken selbst, auch wenn die Formulirung desselben eine noch so genaue ist, so wenig wie das treueste Bild den Gegenstand selbst gibt, sondern nur die Aufforderung und den Anhaltspunkt, sich ihn zu reconstruiren.

Eben darum aber genügt in beiden Fällen nicht ein bloß passives Verhalten, ein bloßes Entgegennehmen eines Gegebenen, denn das Gegebene ist nicht das, was man geben will, sondern es soll nur als Mittel für den Andern dienen, sich das, was er haben soll, bei richtigem Gebrauch zu verschaffen; es bedarf vielmehr einer Selbstthätigkeit von seiner Seite.

Hier ſcheiden ſich nun die grammatiſche und logiſche Interpretation. Erſtere entzieht ſich dieſem Anſinnen einer ſelbſtthätigen Verwendung des Gegebenen, ſie *bleibt* bei letzterem d. h. *bei den Worten ſtehen*, wie es die Sprache ganz treffend ausdrückt. Sie betrachtet alſo die Worte als das, was ſie nie ſind und ſein können, als den Gedanken ſelbſt in ſeiner Sichtbarkeit und Objectivität oder, was daſſelbe iſt, als das ausſchließlich in Betracht kommende *Surrogat* deſſelben. Letztere hingegen geht dem wahren Weſen der Gedankenmittheilung gemäß, um mich auch hier des ganz bezeichnenden Ausdrucks der Sprache zu bedienen, *über die Worte hinaus* d. h. ſie verſetzt ſich in die Seele des Redenden, ſucht den Gedanken gewiſſermaßen in ſeiner Heimath auf. Der Schauplatz *ihrer* Thätigkeit iſt die Seele des Redenden, der Schauplatz *jener* das nackte Wort. Was nicht in den Worten liegt, ſondern jenſeits derſelben in der Seele des Redenden, exiſtirt für letztere nicht, weil es ſich eben nicht im Wort verkörpert hat. Sie hält ſich, wie die Sprache es nennt, an das *todte* Wort; *todt*, weil es nicht den lebendigen Gedanken wieder gibt, ſondern nur eine Todtenmaske deſſelben. Ihr einziges Augenmerk kann alſo nur darauf gerichtet ſein, den Sinn anzugeben, den die Worte als ſolche nach Maßgabe des Sprachgebrauchs haben, den objectiven Wortgehalt; ob derſelbe der wirklichen Meinung des Redenden entſpricht, iſt für ſie gleichgültig und *muß* es ſein, wenn ſie ſich nicht ſelbſt verläugnen will. Damit aber iſt ſie gerichtet.

Der Gegenſatz beider Auffaſſungsweiſen läßt ſich demgemäß mit den Ausdrücken *objectiv* und *abſolut* für die eine, und *ſubjectiv* und *individuell* für die andere bezeichnen. Letztere ſetzt das Wort in Verbindung mit ſeinem *Urheber* und gibt unter Zuhülfenahme von ſonſtigen Momenten an, was *dieſes* Subject in dieſem *individuellen* Fall damit hat ſagen wollen, beſtimmt alſo am letzten Ende die Kraft und Bedeutung des Wortes nicht aus ihm ſelber, ſondern anderswoher. Ihre ganze Aufgabe läßt ſich in das eine Wort zuſammenfaſſen: *Vergegen-*

wärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben ist. In dieser Situation d. h. in dem Verhältniß der Personen, in dem Zweck, der sie zusammenführte, in Zeit, Ort u. s. w. liegt der Schlüssel, der Commentar des äußern Zeichens; je nachdem sie selber beschaffen ist, bestimmt sich die Wahl der nöthigen Verständigungsmittel — in dieser Situation kann ein Wort mehr sagen als in jener hundert. Darauf beruht es, daß bei dieser Art der Auslegung dasselbe Wort und derselbe Satz je nach Verschiedenheit der Situation einen ganz verschiedenen Sinn haben kann. Bei der andern Art ist dies nicht möglich; für sie, die das Wort als etwas Selbständiges, von der Subjectivität des Redenden und den mitwirkenden Umständen Unabhängiges, rein aus und durch sich selbst zu Bestimmendes nimmt, muß dasselbe Wort, derselbe Satz, von wem und unter welchen Verhältnissen er auch gebraucht wird, immer dieselbe Bedeutung haben.

Ueber das Werthverhältniß jener beiden Interpretationen zu einander kann nach dem bisherigen kein Zweifel sein. Dem Wesen der geistigen Mittheilung entspricht allein die logische Interpretation; sie legt dem Wort keine andere Function und keinen andern Werth bei, als dasselbe einmal hat. Wäre die Annahme, von der die grammatische Interpretation ausgeht, daß nämlich der Gedanke selbst sich als solcher wiedergeben läßt, in Wahrheit begründet, so würde letztere freilich unbedingt den Vorzug verdienen. Denn ganz abgesehen von der geringeren Anforderung, die sie an den Interpreten stellt, so hat sie den Vorzug der Unmittelbarkeit des Resultats und damit den der größeren Sicherheit voraus. Bei ihr gilt es nicht erst ein Suchen und Operiren, keine Schlußfolgerungen und künstliche Deductionen, wie bei der logischen Interpretation, sondern sie hält sich gläubig an das, was unmittelbar vorliegt, an die äußere Erscheinung. Aber letztere — und damit fällt jener scheinbare Vorzug der Sicherheit zusammen — ist oft höchst trügerisch, unzuverläßig, unwahr, das Wort dem Gedanken gegenüber zu weit oder zu eng; jene Sicherheit kommt also eben so wohl dem Irrthum als der Wahrheit zu gute.

Aus dem Bisherigen erklärt es ſich, warum die grammatiſche Interpretation hiſtoriſch überall der logiſchen vorangeht. So befremdend es erſcheinen mag, daß gerade diejenigen Zeiten das Wort am ſtrengſten nehmen, die ſeines Gebrauchs am wenigſten mächtig ſind, mithin am wenigſten befähigt ſind, die Vorausſetzung der grammatiſchen Interpretation, daß die Worte einen getreuen Ausdruck des Gedankens enthalten, zur Wahrheit zu machen, ſo ſehr entſpricht doch dieſer Wortcultus andererſeits dem Charakter ihrer ganzen Bildungsſtufe. Der Glaube an die äußere Erſcheinung iſt das Urſprüngliche, Natürliche, die Skepſis und die Losreißung von der Erſcheinung das Spätere. Das Wort iſt das Greifbare, Unmittelbare, der Geiſt das Unſichtbare, Mittelbare, das Greifen aber iſt, wie überall, ſo auch beim Wort dem Begreifen vorausgegangen. Die Emancipation vom Wort iſt erſt dann an der Zeit, wenn der Geiſt die erforderliche Kraft gewonnen hat, um auch ohne daſſelbe mit Sicherheit operiren zu können. Zu dieſer Höhe hatte ſich aber, wie wir bereits wiſſen, der römiſche Geiſt im ältern Recht noch nicht aufgeſchwungen; letzteres ſteht im weſentlichen noch auf der Stufe der Wortinterpretation.

Bei unſerer Darſtellung trennen wir die Interpretation der Rechtsgeſchäfte von der der Geſetze. An und für ſich zwar macht es für die Interpretation keinen Unterſchied, ob der Gegenſtand derſelben ein Geſetz oder ein Rechtsgeſchäft iſt, und dieſe Erwägung hat mich lange verleitet, beide auch für das ältere Recht auf eine Linie zu ſtellen, allein es wird ſich zeigen, daß dieſe Annahme eine irrige iſt.

1. Interpretation der Rechtsgeſchäfte.

Bei den Rechtsgeſchäften begegnen uns im ſpätern Recht beide Arten der Interpretation, die eine bei denen des ſtrengeren, die andere bei denen des freieren Rechts. Die Juriſten drücken denſelben aus als Gegenſatz des Wortes und des Willens

oder Inhalts,[611]) Cicero[612]) charakterisirt ihn als Streiten mit Buchstaben, als Unbilligkeit, strenges, verschlagenes Recht, als chicanöse Auslegung auf der einen, und Beachtung der wahren Willensmeinung des Sprechenden, als billiges Recht auf der andern Seite.

Dem ältern Recht war dieser Gegensatz fremd. Die Verhältnisse, bei denen die logische Interpretation Platz greift, sind sämmtlich erst in späterer Zeit klagbar geworden; rücksichtlich der Fideicommisse ist dies bekannt, rücksichtlich der Verträge des jus gentium wird der Beweis an einer andern Stelle erbracht werden; für das ältere Recht bleibt demnach nur die Wortinterpretation übrig.

Um nun ein Bild von derselben zu entwerfen, dazu reichen unsere directen Quellenäußerungen nicht aus, denn sie beschränken sich auf eine ganz allgemeine Charakteristik derselben als einer mit äußerster Strenge und minutiöser Peinlichkeit verfahrenden Wortinterpretation (s. die Anm. 610). Dagegen gibt es für uns noch eine indirecte Quelle, welche diesen Mangel vollständig ersetzt und es uns ermöglicht, unsere Schilderung durch Beispiele anschaulicher zu machen, nämlich die Wortinterpretation des spätern

---

611) L. 219 de V. S. (50. 16): In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit L. 11 §. 19 L. 18 de leg. III (32) (bei Fideicommissen) L. 3 §. 9 de adim. leg. (34. 4) . . . sensum magis, quam verba.

612) pro Caecina c. 23: Si contra verbis et literis et ut dici solet summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati boni et aequi nomen dignitatemque opponere . . . tum aucupia verborum et literarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; pro Murena c. 12: In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt; de off. I, 10: Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis caillda, sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud. summum jus, summa injuria.

Rechts. Mag auch nicht das ganze Material, das wir hier vorfinden, der ältern Zeit entſtammen, mögen immerhin auch die ſpätern Juriſten manches Einzelne erſt hinzugefügt haben, darüber, meine ich, wird wohl kein Zweifel ſein können, daß nicht bloß die Wortinterpretation ſelbſt, ihre ganze Methode und Weiſe, ſondern auch der größte Theil des Materials ein Vermächtniß der älteren Jurisprudenz iſt, und daß der Geiſt, in dem ſie gehandhabt ward, im Lauf der Zeit wohl ein milderer, unmöglich aber ein ſtrengerer geworden ſein kann.

Oberſter Grundſatz der Wortinterpretation nun, ſo wie ſie ſich in der ſpätern Jurisprudenz erhalten, iſt, daß alles, was gewollt, ausdrücklich geſagt ſein muß; was gewollt, aber nicht geſagt iſt, kommt nicht in Betracht, während umgekehrt was geſagt, aber nicht in dem Umfang gewollt iſt, gilt, ungeachtet in beiden Fällen die Discrepanz des Wortes und Willens mit größter Sicherheit dargethan werden kann und auch dem Gegner nicht unbekannt war. Wer in ſeinem Teſtament ſeinen Sklaven zum alleinigen Erben einſetzt, gibt damit in der That aufs unzweideutigſte zu erkennen, daß er demſelben auch die Freiheit zuwenden will, denn um Erbe zu werden, muß der Sklave frei ſein. Allein frei werden und Erbe werden iſt zweierlei, es handelt ſich alſo um zwei an ſich völlig von einander unabhängige Dispoſitionen, die Worte des Teſtators betreffen aber nur eine derſelben, folglich wird der Sklave weder frei, noch Erbe.[613] Wenn Jemand für den Fall, daß ſeine Kinder vor ihm ſterben ſollten, einen Andern zum Erben einſetzt, ſo iſt offenbar ſeine Vorſtellung die, daß im entgegengeſetzten Fall die Kinder erben ſollen; man könnte letztere alſo auf Grund dieſer indirecten Berückſichtigung, auch ohne daß ſie ſelbſt ausdrücklich eingeſetzt ſind, aus dem Teſtament zur Erbſchaft berufen. Allein ſie ſind nicht ausdrücklich eingeſetzt, und folglich iſt, da ſie auch nicht ausdrücklich enterbt

613) §. 2 I. quib. ex caus. (1. 6), worin zugleich die Aenderung von Juſtinian referirt wird.

sind, das Testament nichtig. [614]) Aehnliche Beispiele gewährt das Erbrecht in Menge, namentlich in der Lehre von der Exheredation und Präterition. Der Vater kann seine Kinder beliebig von der Erbschaft ausschließen, mithin auch unter einer Bedingung. Gesetzt nun, der Vater ernennt den Sohn unter einer casuellen Bedingung zum Erben, so ist offenbar seine Meinung, daß derselbe für den entgegengesetzten Fall ausgeschlossen sein soll. Allein er hätte dies ausdrücklich sagen müssen, denn Einsetzung und Enterbung ist zweierlei; — das Testament ist nichtig. [615]) Wenn der Servitutberechtigte sich das Recht ausbedungen hat, den Weg repariren zu dürfen, so versteht es sich, sollte man sagen, von selber, daß er das erforderliche Material herbeischaffen darf, und dies erkennt auch die spätere römische Jurisprudenz an, allein in alter Zeit nahm man darüber einen ausdrücklichen Zusatz in die Formel auf. [615a])

Es ist Jemand dem Andern zur Eigenthumsübertragung (dare) eines Sklaven verpflichtet, der Sklav erkrankt und stirbt aus Mangel an Pflege oder ärztlicher Behandlung. Haftet der Schuldner dafür? Nein, denn er hat sich nur zum dare, nicht zu einem facere verpflichtet. [616]) Der Verkäufer hat für den Fall der Entwährung der Sache die stipulatio dupli geleistet, es wird jetzt ein Theil evincirt, haftet er? Nein! [617]) Wie rück-

---

614) L. 19 de hered. inst. (28. 5) L. 16 §. 1 de vulg. et pup. subst. (28. 6). Nach den meisten neuern Pandektenlehrbüchern und selbst nach dem von Puchta (§. 473 not. c) soll dieses Musterstück altrömischer Wortinterpretation noch heutzutage gelten! S. dagegen v. Bangerow, Pandekten §. 449 Anm. 1.

615) S. z. B. L. 83 de cond. et dem. (35. 1). Ein ähnliches Beispiel gewährt die cretio perfecta und imperfecta. Ulp. XXII, 34.

615a) L. 4 de itin. (43. 19). Veteres nominatim adjiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, apportandi vis non fieret, quod supervacuum est, quia etc.

616) L. 56 §. 2 de evict. (21. 2).

617) So noch Paulus in L. 91 pr. de V. O. (45. 1). Wer die Stellen in den beiden vorigen Noten noch für heutiges Recht hält, müßte auch diese

sichtlich dieses Punktes, so begränzen rücksichtlich aller andern die Vertragsworte genau den Umfang der Verpflichtung;[618] satis est, sagt Cicero (de off. III, 16) von der Verpflichtung des Verkäufers nach den XII Tafeln, ea praestari, quae sunt lingua nuncupata. Darum haftete der Verkäufer für keine Fehler und Mängel, für die er nicht ausdrücklich die Garantie übernommen, selbst wenn er sie gekannt hatte. Erst das spätere Recht hat hier wie in so vielen andern Fällen geholfen und den Anspruch der Parthei auf Punkte ausgedehnt, deren im Vertrage selbst keine Erwähnung geschehen war.[619]

Eine beträchtliche Auslese für unsern Zweck gewähren auch die Geschäfts- und Proceßformeln. Die Fassung dieser Formeln war eine außerordentlich prägnante; jedes Wort wog schwer. Ob es z. B. in der Klagformel hieß: est oder erit, war für die richterliche Aestimation vom größten Einfluß, ebenso bei der Einsetzung mehrerer Erben oder bei dem Vermächtniß an mehrere Legatare, wie sie aufgezählt, ob sie z. B. durch et verbunden oder einzeln neben einander genannt waren, oder ob zwei Legataren zusammen das Ganze oder jedem einzelnen die Hälfte vermacht war. Wer den Sinn und Einfluß dieser Worte nicht kannte, sich derselben vielmehr in naiver Weise ebenso bediente, wie er es im Leben gewohnt war, also z. B. meinte, daß zwei Hälften, um es einmal paradox auszudrücken, gleich seien dem Ganzen, und daß es auf ein et mehr oder weniger nicht ankomme, konnte sich und Andere dadurch ohne sein Wissen im höchsten Grad verkürzen; das Wörtchen et konnte im Testament eine Million wiegen!

---

noch für anwendbar erklären, und der Promittent dürfte z. B. bei einem Tauschcontract die dem Andern versprochene Sache ruhig verbrennen, verderben u. s. w. lasse obgl eich er sie mit leichtester Mühe hätte retten können.

618) L. 126 §. 2 de V. O. i. f. (45. 1).

619) z. B. Verzugszinsen, Verpflichtung zur diligentia, zur Bestellung einer cautio dupli (L. 31 § 20 de aed. ed. 21. 1), Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (früher bedurfte es eines pactum de re vendenda). Das läßt sich auch so ausdrücken: die s. g. accidentalia negotii (quae extrinsecus veniunt) haben sich in naturalia (quae tacite insunt) verwandelt.

Für den Verkehr begründete diese Strenge der Interpretation die Möglichkeit und die Gefahr arger Uebervortheilungen. Wer es verstand, einer Vertragsberedung, über deren Sinn er mit der Gegenparthei völlig einverstanden war, bei der schriftlichen oder mündlichen Formulirung, je nachdem sein Interesse es erforderte, einen engeren oder weiteren Ausdruck zu geben, der hatte gewonnenes Spiel, selbst wenn er zugestand, daß die beiderseitige Absicht auf etwas ganz anderes gerichtet gewesen war. Ebenso stand es ihm frei, das Recht des Gegners durch Umgehung des Vertrages d. h. durch eine Handlungsweise, die den Worten entsprach, der wirklichen Intention aber widerstrebte, zu elidiren.[620] Die malitiosa juris interpretatio, wie Cicero (de off. I. c. 10)[621] sie nennt, war eine unvermeidliche Consequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legalisirt und das „summum jus," die äußerste Strenge in der Handhabung der Worte, schlug daher nach der bekannten römischen Parömie, die Cicero hierbei in Bezug nimmt, nicht selten in eine „summa injuria" um. Das ältere Recht kannte dagegen keine Hülfe, im neuern konnte sich bei den Verträgen des strengen Rechts (bei denen die Gefahr überall nur bestand) der Kläger durch die clausula doli, der Beklagte durch die exceptio doli schützen.

Uebrigens betrachte man diese Gefahr nicht mit heutigen Augen. Sie war in der That ungleich geringer, als es den An-

620) Der Begriff der Umgehung (fraus) wird zwar gewöhnlich nur auf die Gesetze bezogen und in den Quellen definirt als Beachtung der Worte mit Uebertretung des wirklichen Willens des Gesetzes z. B. L. 29, 30 de leg. (1. 3 . . in fraudem, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit L. 5 Cod. de leg. (1. 14) verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, allein es bedarf keiner Bemerkung, daß die Umgehung als unvermeidliche Folge der Wortinterpretation eben sowohl bei Rechtsgeschäften Platz greifen konnte.

621) Quo in genere, setzt er hinzu, etiam in re publica multa peccantur und fügt als Beispiel die Auslegung eines Waffenstillstands von 30 Tagen hinzu, bei der man den Ausdruck Tag wörtlich genommen und sich die Nacht hindurch nicht an den Waffenstillstand gebunden erachtet hatte.

ſchein hat. Wo ein Wort den Ausſchlag gibt, pflegt man, durch eigenen oder fremden Schaden gewitzigt, die Worte ganz anders abzuwägen, als wo eine Ungenauigkeit im Gebrauch derſelben keine weiteren nachtheiligen Folgen hat. Das natürliche Bedürfniß des Verkehrs führt hier von ſelbſt zu Sicherungsmitteln gegen jene Gefahr, die uns, in dem Maße wenigſtens, unbekannt ſind. Dahin gehörte in Rom die Benutzung der Geſchäftsformulare, von der in §. 47 die Rede ſein wird, ſo wie die bereits §. 42 erwähnte Zuziehung eines Juriſten bei Entwerfung des Vertragsinſtruments (das cavere). Andererſeits verdient gegen jenen Nachtheil der Wortinterpretation auch der in unſerer allgemeinen Betrachtung der Wortinterpretation hervorgehobene Vortheil der Sicherheit, den ſie dem Verkehr gewährt, in Gegenrechnung gebracht zu werden. Wo das Wort und nichts als das Wort gilt, vermag keine Kunſt, keine Deutung ein richtig gewähltes Wort zu entkräften, das Reſultat der Interpretation iſt hier im voraus mit aller Gewißheit zu berechnen, während dies bei der logiſchen Interpretation keineswegs der Fall iſt, da die Subjectivität des Richters hier einen ungleich größeren Spielraum hat. Gefährlich für den Unkundigen und Unvorſichtigen, war jene Strenge der Interpretation für den Kundigen und Vorſichtigen eher vortheilhaft als nachtheilig.

Schließlich darf ich den Antheil nicht übergehen, den dieſelbe an der für das römiſche Recht ſo einflußreichen Ausbildung einer feſten und prägnanten Kunſtſprache hatte. Daraus erklärt ſich auch die in der literariſchen Thätigkeit der römiſchen Juriſten, insbeſondere gegenüber der unſerer heutigen, ſo entſchieden hervortretende juriſtiſch-lexikaliſche Richtung, ihre Erörterungen de verborum significatione, de verbis priscis u. ſ. w.

2. Interpretation der Geſetze.

Ein Mißgriff in den Worten gereicht bei dem Rechtsgeſchäfte bloß einer einzelnen Perſon zum Nachtheil und in der Regel nicht ohne ihr eignes Verſchulden, und der Schaden, der ſich daran

knüpft, ist ein vorübergehender. Ganz anders bei einem solchen Mißgriff von Seiten des Gesetzgebers, denn nicht bloß trifft der Schaden hier eine unbegränzte Zahl schuldloser Personen, sondern das Uebel ist, wenn das Gesetz nicht aufgehoben wird, ein dauerndes. In dieser Verschiedenheit mag es liegen, daß, während an und für sich die Interpretation der Rechtsgeschäfte und Gesetze unter gleichen Grundsätzen stand, die alte Jurisprudenz sich dazu verstand, die Strenge, die sie dort zur Anwendung brachte, hier in etwas zu ermäßigen. Allerdings spielt auch hier das Wort eine große Rolle, allein fast in ähnlicher Weise, wie die Auspicien (B. 1. S. 353 u. fl.) d. h. die einer principiell anerkannten und respectirten, aber bei einem Widerspruch mit den gebieterischen Bedürfnissen des Lebens zum Nachgeben gezwungenen Autorität.

Damit scheinen freilich die uns erhaltenen Probestücke dieser Interpretation wenig zu stimmen, dieselben machen vielmehr den Eindruck eines mit äußerster Rücksichtslosigkeit gehandhabten Wortcultus. Man vergleiche einmal folgende Fälle.

Bekannt ist der Passus der XII Tafeln über das Intestaterbrecht: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Fast jedes dieser Worte ist die Quelle eines wichtigen Rechtssatzes geworden und zwar von Rechtssätzen, an die der Gesetzgeber selbst gar nicht gedacht hat, die also nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Wort ihren Grund hatten. Zuerst das Wort: intestato. Aus ihm folgerte man, daß wenn die Erbschaft nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, die ausfallenden Theile nicht, wie man erwarten könnte, den Intestaterben zufielen. Denn die Bedingung, unter der das Gesetz sie gerufen hatte, war das „intestato mori" des Erblassers; wessen Erbschaft aber auch nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, von dem ließ sich nicht behaupten, daß er „intestatus" gestorben sei. Sodann das Wort: „moritur." Hierauf stützte man das Requisit, daß wer zur Erbschaft

gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblaſſers (wenn auch nur im Mutterleibe) exiſtirt haben müſſe.[622]) Ferner: „agnatus proximus.“ Das Wort proximus mußte als Vorwand zur Ausſchließung der successio graduum, die folgenden: „si agnatus nec escit“ zur Ausſchließung der successio ordinum dienen. Beide Paſſus nahm man nämlich im abſoluten Sinn, d. h. wenn ein nächſter Agnat im Moment des Todes des Erblaſſers exiſtirte, am Leben war, mochte er im übrigen vor der Antretung verſtorben ſein oder die Erbſchaft ausgeſchlagen haben, ſo erklärte man den nächſt folgenden Agnaten nichts deſto weniger für beſeitigt, weil er im Moment des Todes des Erblaſſers nicht der proximus geweſen war, und ebenſo ließ man in dieſem Fall die Gentilen nicht zu, weil ſie nur für den Fall: si agnatus nec escit gerufen waren, der ſpätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Exiſtenz deſſelben nicht ungeſchehen machte. Es war dies in der That ein Muſterſtück der Wortinterpretation, denn bei unbefangener Betrachtung kann man ſich doch nicht verhehlen, daß bei der Inteſtaterbfolgeordnung der Entferntere nicht an ſich und ſchlechthin, ſondern nur im Intereſſe des Näheren ausgeſchloſſen iſt, daß mithin, wenn letzterer ſpäter ausfällt, kein Grund abzuſehen iſt, warum der Entferntere nicht einrücken ſoll, da er, wenn auch nicht abſolut, ſo doch relativ für die von dem Andern verſchmähte Erbſchaft der Nächſte geworden iſt. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Geſetz vorkämen, ſie im relativen Sinn interpretiren d. h. ſagen: der nächſte Agnat iſt derjenige, dem kein näherer im Wege ſteht, und ebenſo ſind die Gentilen zuzulaſſen, wenn in dieſem Sinn kein Agnat exiſtirt d. h. keiner von ihnen ein Erbrecht geltend machen will oder kann.

Eine lex Atilia ordnete für den Fall, daß Unmündige und

---

622) L. 6 de suis (38. 16) lex XII tabul. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. Mit dem moriente eo iſt eben dies intestato moritur gemeint.

Frauenzimmer ohne Tutor seien, obrigkeitliche Bestellung des Vormundes an. Ueber den Fall, wenn zwar ein Tutor *vorhanden*, derselbe aber z. B. wegen Wahnsinns, Taubheit u. s. w. zur Führung der Vormundschaft absolut unfähig war, hatte das Gesetz sich nicht ausgelassen. Wie war hier zu entscheiden? Wir heutigen Juristen würden vom Zwecke der Vormundschaft aus folgendermaßen argumentiren. Ob ein Vormund überall nicht existirt, oder ob derselbe unfähig ist, steht sich völlig gleich; wenn also das Gesetz dem Bedürfniß nach Vormündern Abhülfe gewähren will, so muß die Bestimmung desselben in beiden Fällen gleichmäßig Platz greifen. Die alte Jurisprudenz hingegen hielt sich hier an die *Worte* des Gesetzes, „Personen, die keine Vormünder *haben*." [623] Eine Person, sagte sie, deren Vormund wahnsinnig oder sonst unfähig ist, *hat* einen Vormund, folglich greift die Bestimmung des Gesetzes nicht Platz. Es bedurfte erst verschiedener Senatsbeschlüsse, um diese Doctrin nach allen Anwendungen hin zu beseitigen. [624]

Als letztes Beispiel möge genannt sein die bereits bei einer früheren Gelegenheit (S. 173) berücksichtigte Stelle der Zwölf Tafeln für den Verkauf des Sohnes von Seiten des Vaters: „Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto." Die spätern Juristen würden den Ausdruck filius auch auf Töchter und Enkel erstreckt haben, [625] allein die ältern bezogen ihn streng wörtlich nur auf den *Sohn*.

Trotz der scheinbaren Unterstützung, welche diese Beispiele der Meinung, als ob die ältere Jurisprudenz bei der Interpretation der Gesetze sich streng an das Wort gehalten habe, gewähren,

---

623) Ulp. XI, 18 hat die Fassung: mulieribus pupillisve *non habentibus* tutores, Gaj. I § 185 und die Institutionen in pr. I. de Atil. tut. (I. 20): si cui nullus omnino tutor sit.

624) L. 17 de tut. (26. 1).

625) L. 84 de V. S. (50. 16): filii appellatione omnes liberos intelligimus.

iſt dieſelbe doch zu verwerfen.[625a]) Um uns davon zu überzeugen, ſtellen wir zunächſt eine Reihe anderer Fälle zuſammen, in denen die Jurisprudenz ſich zweifellos über das Wort hinweggeſetzt hat.

Die Zwölf Tafeln ſetzten die Uſucapionsfriſt für den „fundus“ auf zwei, für die „ceterae res“ auf ein Jahr. Wozu gehörten nun die Häuſer? Bei ſtrenger Wortinterpretation offenbar zu den ceterae res,[626]) allein die Interpretation ſtellte ſie praktiſch aus gutem Grunde dem fundus gleich. Das Recht des Eigenthümers, Obſt, Früchte u. ſ. w., die auf des Nachbarn Grundſtück gefallen, aufzuleſen, ſtammt aus den Zwölf Tafeln,[627]) allein der Ausdruck des Geſetzes war theils zu eng, theils zu weit. Denn einmal ſprach daſſelbe bloß von glans (Eichel oder eichelähnliche Frucht z. B. Kaſtanien), und ſodann fügte es für die Ausübung gar keine Beſchränkung hinzu. Hätte man hier wörtlich interpretiren wollen, ſo hätte man alle andern Früchte außer der genannten Art ausnehmen und andererſeits dem Eigenthümer die Befugniß einräumen müſſen jeder Zeit, alſo z. B. auch bei Nacht das Grundſtück des Nachbarn zu betreten. Beides iſt nicht geſchehen.[628]) Das Geſetz beſtimmte, daß der Sklave, dem der Herr im Teſtament gegen Entrichtung eines beſtimmten Löſegeldes die Freiheit vermacht hatte, das Löſegeld nicht bloß dem Erben, ſondern, wenn letzterer ihn veräußert hatte, dem „emtor“

625a) Der Verſuch, ſie wiſſenſchaftlich zu begründen, iſt nie unternommen, ſonſt würde man ſich ſofort von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben, aber in gelegentlichen Aeußerungen tritt ſie auch bei unſern beſten Rechtshiſtorikern hervor, ſ. z. B. Keller Pandekten §. 458 (Aufl. 1 S. 875): „nach der ſteifen Interpretationsweiſe dieſer alten Zeit blieb man dabei genau bei dem Worte ſtehen.“

626) Dies bemerkt auch Cic. Top. c. 4 at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.

627) Plin. Hist. nat. XVI, 5.

628) Rückſichtlich des erſten Punktes half die Jurisprudenz L. 1 §. 1 de glande leg. (43. 28), rückſichtlich des letzteren der Prätor L. 1 pr. ibid.

zahlen dürfe. Diesen Ausdruck nahm man im weitesten Sinn für jeden, der das Eigenthum am Sklaven erworben habe.[629] Ebenso dehnte man den Ausdruck patronus auch auf die Kinder des Patrons aus.[630] Die Worte der Zwölf Tafeln, auf die sich die act. aquae pluviae arcendae stützte, lauteten: „si aqua pluvia nocet.“ Wollte man wörtlich interpretiren, so mußte man die Klage auf den Fall beschränken, wenn ein Schaden bereits geschehen war, allein die Jurisprudenz faßte das nocet auf im Sinne von: Schaden droht.[631] Bei der Intestaterbfolge rief das Gesetz den suus und agnatus proximus. Wollte man hier die masculinische Form urgiren, so war das weibliche Geschlecht von der Intestaterbfolge ausgeschlossen. Und selbst das Erbrecht der männlichen sui hätte man wegdisputiren können, da das Gesetz es ihnen nicht ausdrücklich ertheilt, sondern es nur stillschweigend vorausgesetzt hatte. Ja, wer die Worte: si intestato moritur streng wörtlich nehmen wollte, mußte sogar zu dem Resultate gelangen, daß die Intestaterbfolge in dem Fall ausgeschlossen sei, wenn der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments gestorben, einerlei ob die eingesetzten Erben angetreten oder ausgeschlagen hatten. Ueber das testamentarische Erbrecht enthielten die Zwölf Tafeln nur den einen bekannten Satz: „uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.“ Wohin würde es geführt haben, wenn man diesen Satz in dem Umfange hätte gelten lassen, wie er lautete! Von einem Einfluß der capitis deminutio des Testators, von dem Requisit der Erbfähigkeit der Erben u. s. w. hätte dann gar keine Rede sein können. Diese

---

629) L. 29 §. 1 de statul. (40. 7) .. quoniam lex XII tab. emtionis verbo omnem alienationem complexa videretur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.

630) Vat. fragm. §. 308: in XII patroni appellatione etiam liberi patroni continentur. Cf. Coll. XVI 8 §. 2.

631) L. 21 pr. de statul. (40. 7) .. sic et verba legis XII tabul. veteres interpretati sunt: si aqua pluvia nocet i. e. nocere poterit.

und andere Beschränkungen wurden also gegen den Wortlaut von der Jurisprudenz in das Gesetz hineingetragen. [632])

Doch genug! Die angeführten Beispiele lehren zur Genüge, daß die alte Jurisprudenz sich nicht, unbekümmert um das Resultat, bei der Auslegung der Gesetze blindlings dem Wort dahingab, sondern daß sie für die Anforderungen der Vernunft und die Bedürfnisse des praktischen Lebens stets ein offnes Auge hatte und ihnen entsprechend das Gesetz zu deuten wußte. Dazu war doch trotz aller Verehrung für das Wort der Sinn der Römer zu gesund, als daß sie bei einem Mißgriff im Ausdruck von Seiten des Gesetzgebers ihre bessere Ueberzeugung und die Interessen des Lebens sklavisch dem Buchstaben geopfert hätten. Darum aber dürfen wir denn auch annehmen, daß in den obigen Fällen, wo scheinbar das Wort den Sieg davon trug, dies nicht in einer knechtischen Abhängigkeit vom Wort seinen Grund hatte, sondern daß man das Resultat *wollte* und das Wort nur als erwünschten Vorwand benutzte. Um davon an den obigen Beispielen die Probe zu machen, so hätte es, wenn man sonst nur die testamentarische und Intestaterbfolge für verträglich mit einander gehalten, keine Schwierigkeit verursacht, die Worte: si intestato moritur damit zu vereinigen. Nahm man doch auch in der auf Seite 442 angegebenen Beziehung das Wort: intestatus nicht im strengen Sinn. Die Benutzung des Wortes: moritur für den Satz, daß der Erbe im Moment des Todes des Erblassers gelebt haben müsse, war gleichfalls nur ein Vorwand, der entgegengesetzte Satz hätte sich mit diesem Wort eben so wohl vertragen. In dem Fall, wenn die Testamentserben ausgeschlagen hatten, hatte man ja dies Wort nicht auf die Todeszeit des Testators, sondern auf

632) L. 120 de V. S. (50. 16) . . . sed id *coangustatum* est vel legum vel *auctoritate jura constituentium*. §. 16. I. de lege Aq. (4. 3) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc. Cic. de off. III 15. Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata . . . a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.

den Moment der Eröffnung der Intestaterbfolge bezogen. Die Ausschließung der successio graduum und ordinum auf Grund der angeführten Worte der Zwölf Tafeln scheint mit der Tendenz zusammenzuhängen, den von dem Gesetz in keiner Weise berücksichtigten bloßen Blutsverwandten (cognati) einen Zugang zum Nachlaß zu gewähren — einer Tendenz, die in späterer Zeit wenigstens aufs unzweideutigste hervortritt und einen der Hauptzwecke der prätorischen Bonorum Possessio bildet.

Zum richtigen Verständniß der so auffälligen Interpretation der lex Atilia (S. 443) muß man sich erinnern, daß die Vormundschaft im älteren Recht einen ganz andern Charakter an sich trug als in unserm heutigen. Die heutige Vormundschaft ist ausschließlich eine Schutzanstalt im Interesse des Mündels, die altrömische war zugleich ein Recht des Vormundes. Ging die patria potestas, die doch nicht minder als die Tutel den Beruf zur Erziehung und zum Schutz der ihr unterworfenen Personen in sich schloß, durch Wahnsinn und sonstige Unfähigkeit des Vaters zur Erfüllung dieses Berufes nicht unter, eben weil sie ein Recht war (so wenig wie in gleichem Falle die manus des Mannes über seine Frau), so mußte dasselbe auch für die Tutel gelten, und wir sind daher nicht zu der Annahme genöthigt, daß man bloß aus Rücksichten der Wortinterpretation sich einen Rechtssatz hätte gefallen lassen, den man im übrigen für verkehrt hielt. Daß derselbe später aufgehoben ward, spricht nicht dagegen, denn diese Aenderung hängt mit dem Umschwung in der spätern Auffassung der Vormundschaft zusammen.

Mit dem letzten der obigen Beispiele, dem Satz über den Verkauf des Sohnes hat es dieselbe Bewandniß, wie mit der Ausschließung der successio graduum et ordinum d. h. man urgirte absichtlich das Wort, um die Bestimmung selber möglichst einzuschränken; die Wortinterpretation war eine tendentiöse. Dem Verkaufsrecht des Vaters war schon zur Zeit der Zwölf Tafeln das bessere Gefühl abhold, wofür die gesetzliche Beschränkung auf dreimalige Ausübung Zeugniß ablegt. In demselben Geist

schränkte die Jurisprudenz die Bestimmung des Gesetzes auf den Sohn ein und ließ — und darin eben liegt der unwidersprechliche Beweis der Tendenz — Töchter und Kinder durch einmaligen Verkauf von der Gewalt frei werden. Hätte man unbefangen verfahren wollen, so hätte der Schluß nicht so lauten dürfen: weil das Gesetz nur den Sohn nennt, so werden Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf frei, sondern: so ist rücksichtlich ihrer das dem Vater an sich zuständige Verkaufsrecht keiner Beschränkung unterworfen.

Auf Grund der bisherigen Ausführung wird sich die bereits früher S. 62 angedeutete Behauptung rechtfertigen, daß das Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dem Gesetz keineswegs das einer rückhaltslosen Unterordnung unter den Buchstaben desselben war, wie das Wesen der strengen Wortinterpretation es mit sich bringt, sondern ich möchte fast sagen, ein freieres, als wir es nicht selten bei unserer heutigen Jurisprudenz wahrnehmen. Denn sie beschied sich nicht bloß auszulegen, sondern sie legte unter, sie drehte und deutete das Gesetz, wie sie es haben wollte, sie stellte sich, wenn auch der Form nach unter, doch der Sache nach über das Gesetz. Daß manche ihrer Auslegungen weder den Worten, noch dem Sinn des Gesetzes entsprachen, daß sie mit den Worten des Gesetzes hie und da geradezu ein Spiel trieb, das kann sie sich selbst unmöglich verhehlt haben. Nicht die Frage nach der Richtigkeit der Auslegung, sei es der bloßen Worte, sei es des legislativen Gedankens, entschied über die Annahme oder Verwerfung derselben, sondern die Frage von der praktischen Angemessenheit derselben. Oder hätten in der That die alten Juristen so blöden Auges sein sollen, daß sie nicht gesehen haben sollten, auf wie schwachen Füßen so manche von ihren Auslegungen standen? Sie wollten es nicht sehen, es war Sache einer stillschweigenden Convention, es mit dem, was Noth that, rücksichtlich der Gründe nicht so genau zu nehmen. Das praktische Bedürfniß, das Interesse der juristischen Kunst, kurz Rücksichten, die der bloßen Auslegung als solcher fremd sind,

saßen gleichwohl bei derselben mit zu Rathe, die Ueberzeugung von dem innern Werth der aufgestellten Ansicht beruhigte das Gewissen des Exegeten über die Schwäche der äußeren Begründung. Als die Zeit es mit sich brachte, für die Erhaltung des Vermögens im Mannsstamm Vorsorge zu treffen, und wahrscheinlich noch bevor die lex Voconia das Beispiel zu einer Verkürzung des Erbrechts der Weiber gegeben hatte, fanden die Juristen subtilitate quadam excogitata, wie Justinian[633]) sagt, daß das Zwölftafelngesetz das Intestaterbrecht der Weiber auf agnatische Schwestern habe einschränken wollen. Mit welcher Stirn hätte ein Jurist eine solche Behauptung vorbringen dürfen, wenn er sich nicht eben bewußt war, daß er nicht sowohl das Gesetz auszulegen, als dasselbe den Interessen und Bedürfnissen der Zeit anzupassen den Beruf habe? Mit dem Wechsel dieser Bedürfnisse wechselte auch die Interpretation. Zu einer gewissen Periode bedurfte es der Usucapion der Erbschaft, und sie war da, zu einer andern Periode war sie nicht mehr nöthig, und sie verschwand, oder, wie Gajus sagt,[634]) man hielt es jetzt nicht mehr für *möglich*, daß Erbschaften usucapirt werden könnten! Kurz! die ältere Interpretation war wesentlich *tendentiöser Art*.

Weit entfernt aber, ihr daraus einen Vorwurf zu machen, glaube ich im Gegentheil, es der alten Jurisprudenz zum Lobe anrechnen zu sollen, daß sie, anstatt sich blindlings dem Gesetz unterzuordnen, dasselbe den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Zeit anzupassen versuchte. Sie läßt sich in dieser Beziehung als Vorgängerin des Prätors bezeichnen. Beide haben eine sehr beträchtliche rechtsbildende Thätigkeit ausgeübt und zwar nicht selten auf Kosten des *gesetzlichen* Rechts, während ihr Beruf nach unserer modernen engherzigen Auffassung nur darin bestanden haben würde, die Gesetze *anzuwenden* oder die An-

633) L. 14 C. de legit. her. (6. 58).

634) Gaj. II, 54 .. postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse.

wendung zu vermitteln. Aber gerade dieſer Beruf gewährt die Gelegenheit, den Werth oder Unwerth der Geſetze, ihre Mängel, Lücken, ihre urſprüngliche oder erſt im Lauf der Zeit eingetretene praktiſche Unangemeſſenheit, Unhaltbarkeit kennen zu lernen, und ſo lange man es nicht dahin gebracht haben wird, in den mit der Rechtspflege betrauten Perſonen allen geſunden Sinn und alles Gefühl zu erſticken, wird die Oppoſition gegen ein unhaltbares Geſetz immer zuerſt gerade von denen ausgehen, die ihm am nächſten ſtehen. In der Theorie möge man dies immerhin noch ſo ſcharf verdammen, man möge dem Richter noch ſo ſehr die Pflicht einſchärfen, ſeinem Urtheil über die Unangemeſſenheit des Geſetzes keine praktiſche Folge zu geben, die Thatſache wird dadurch nicht anders: dem Verdammungsurtheil der Juriſten iſt auf die Dauer kein Geſetz gewachſen. Abſichtlich oder unabſichtlich wird die Hand des Richters läßig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, der Scharfſinn des Exegeten bietet alle ſeine Mittel auf, das Geſetz zu durchlöchern und zu unterminiren, Vorausſetzungen hineinzutragen, von denen das Geſetz nichts weiß, die Worte, je nachdem es Noth thut, im weitern oder engern Sinn zu deuten, und wie durch ſtillſchweigende Verſchwörung finden auch die erzwungenſten Deductionen Eingang und willigen Glauben — auch die Logik fügt ſich dem Intereſſe. Dieſer ſtille Krieg der Juriſten gegen das Geſetz wiederholt ſich überall, wo ein Geſetz zu einer Unmöglichkeit geworden iſt und doch von der Staatsgewalt nicht zurückgenommen wird. Es iſt die natürliche Reaction des Rechtsgefühls gegen eine eclatante Mißachtung ſeiner ſelbſt von Seiten der Geſetzgebung. Ein Beiſpiel aus neuerer Zeit bietet uns die Geſchichte der peinlichen Halsgerichtsordnung. In demſelben Maße, in dem der Widerſpruch ſtieg, den die veränderte Gefühls- und Denkweiſe einer ſpäteren Zeit gegen die Härte ihrer Strafbeſtimmungen erhob, in demſelben Maße ward die Kunſt ihrer Interpreten erfinderiſcher, dieſe Härten zu beſeitigen, und es konnte ſich gar Einer derſelben rühmen, daß er auch nicht einen Buchſtaben mehr habe ſtehen

lassen. Betrachtet man derartige Tendenzinterpretationen, wie wir deren oben einige zur Probe angeführt haben, mit unbefangenem Auge d. h. vergißt man oder weiß man von vornherein nicht, welche Bewandniß es mit ihnen hat, so begreift man nicht, wie sie bei ihrer völligen Unhaltbarkeit, bei ihrer offensichtlichen Unwahrheit nur den geringsten Beifall haben finden, ja wie sie nur von irgend Jemand im Ernst haben aufgestellt werden können.[635])

Dies ist der maßgebende Gesichtspunkt, aus dem wir die alte Interpretation zu beurtheilen haben. Materiell war das, was sie einführte, gewiß völlig untadelhaft, durch ein gebieterisches Bedürfniß des Lebens motivirt, und in dieser Beziehung würde man sehr Unrecht thun, den Vorwurf, den Cicero[636]) den ältern Juristen machte, daß sie das alte Recht corrumpirt hätten, für einen ernstgemeinten zu halten. Der Impuls zu dieser angeblichen Corruption ging nicht von ihnen, sondern von der Nation aus, und hätten sie auch der Strömung der Zeit Widerstand leisten wollen, so würde dieselbe sich doch in anderer Weise Bahn gebrochen

---

635) In dieser Lage haben sich manche gelehrte Theoretiker der Neuzeit gegenüber den Interpretationen der früheren Praktiker befunden und sich nicht wenig darauf gedünkt, die Unrichtigkeit derselben aufzudecken. Verdienstlicher wäre es gewesen zu fragen, ob denn diese Vorgänger so mit Blindheit geschlagen waren, daß sie handgreifliche Unwahrheiten für wahr halten konnten. Dann wäre man wohl dem wahren Grunde auf die Spur gekommen und hätte sich nicht verleiten lassen im Widerspruch mit dem vielgepriesenen Vorbilde der römischen Juristen und der Vorschrift der L. 23 de leg. (1. 3): minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt, an Sätzen zu rütteln, welche die Praxis ihrer selbst wegen für nöthig hielt, und für die sie in den Quellen nur nach einem noch so schwachen äußeren Anhaltspunkt suchte. Dahin gehört meiner Ansicht nach z. B. die Spolienklage und das Summariissimum.

636) In der bekannten Stelle pro Murena c. 12 . . nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Er selbst räumte bekanntlich später ein, daß diese Worte apud imperitos dicta gewesen seien, de finibus IV 27.

haben. Aber eben weil und inſoweit ihre Kunſt ausreichte, das Nöthige zu beſchaffen, bedurfte es keiner Thätigkeit der Geſetzgebung; letztere wird regelmäßig nur da eingegriffen haben, wo die Jurisprudenz ſich außer Stand ſah, die erforderliche Abhülfe zu gewähren.

So verdient denn die alte Interpretation für ihre Zeit in der That daſſelbe Prädicat, das man ſpäter dem Prätor beilegte, das einer viva vox juris civilis, eines lebendigen Organs des Rechts, nicht eines bloßen Sprachrohrs deſſelben. Dem Namen nach bloße Erklärungen, ſchloſſen ihre Auslegungen in der That eine wahre Umgeſtaltung und Weiterbildung des Geſetzes im Geiſt der Zeit in ſich. So faßten auch die Römer, wenigſtens in ſpäterer Zeit, die Sache auf, denn ſie bezeichneten die älteren Juriſten als veteres, qui tunc jura condiderunt,[637] und ſprachen von einem eignen Juriſtenrecht (jus civile im engern Sinn).[638] So ſehr man aber einerſeits den materiell-productiven Charakter dieſer alten Doctrin betonen darf, ſo weſentlich gehört zu ihrer Charakteriſtik auch das andere von mir hervorgehobene Moment, der formelle Anſchluß derſelben an die vorhandenen Geſetze, und auch dies wird von den Römern ſelber bemerkt.[639] Es iſt, als ob die Jurisprudenz ſich damals noch nicht, wie in ſpäterer Zeit, getraut hätte, den ſchöpferiſchen Beruf, den ſie der Sache nach einmal hat und den ſie nirgends mehr ausgeübt hat als gerade in Rom, geradezu und offen in Anſpruch zu nehmen; daher ſtets das Beſtreben nach einer Deckung durch das Geſetz. Wäre uns eine genauere Einſicht in ihre Entwicklungsgeſchichte verſtattet, wir würden gewiß noch für manche von ihren Sätzen die Fäden finden, mit denen ſie dieſelben, wenn auch noch ſo loſe und äußerlich mit dem Geſetz verknüpft hatte.

---

637) Gaj. IV, 30.

638) L. 2 §. 5 de orig. jur. (1. 2) . . . hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus.

639) So von Pomponius in der Stelle der vorigen Note, worin das Juriſtenrecht als Reſultat der interpretatio bezeichnet wird.

Ich habe eine Frage bis auf den Schluß verspart, weil sie, obgleich sie dem Zusammenhang nach an einen frühern Ort gehört, mir doch erst hier ihre Erledigung finden zu können scheint. Es ist nämlich die: wie betrachtete die alte Interpretation die Umgehung der Gesetze? Dem Princip der Wortinterpretation gemäß hätte sie dieselbe wie bei Rechtsgeschäften, so auch bei Gesetzen für statthaft erklären müssen. Denn die Umgehung des Gesetzes enthält ja keinen Verstoß gegen die Worte, sondern nur gegen die wirkliche Absicht des Gesetzes,[640] mithin gegen ein Moment, das die Wortinterpretation als solche grundsätzlich nicht kennt. Das positive Material, das uns zur Beantwortung dieser Frage zu Gebote steht, ist außerordentlich dürftig. Einerseits werden uns zwar Fälle der Umgehung der Gesetze aus alter Zeit berichtet, so namentlich der Zinsgesetze,[641] der Gesetze über die Provocation,[642] allein Versuche zur Umgehung von Gesetzen kommen jederzeit vor, es fragt sich nur, wie das Recht sie ansieht und behandelt, darüber aber versagen uns die Berichte in jenen Fällen eine bestimmte und sichere Antwort, obgleich allerdings durchzuschimmern scheint, daß die Versuche zur Umgehung mit Erfolg gekrönt waren, das Recht dieselben also nicht, wie in späterer Zeit, schlechthin als nichtig behandelte. Nur in einem einzigen Fall wird uns, so viel mir bekannt, eine ganz bestimmte und unzweideutige Auskunft gegeben, und hier eine andere, als wir dem obigen nach erwarten würden. Licinius Stolo, der bekannte Urheber der nach ihm benannten Rogationen, hatte sein eigenes Ackergesetz dadurch umgangen, daß er seinen Sohn emancipirt und den das

640) S. Note 620.

641) Tacitus Ann. VI, 16: multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur; Beispiele bei Liv. II, 31. XXXV, 7.

642) Wenigstens scheinen die Worte, mit denen Livius X, 9 die dritte Redaction desselben berichtet: legem tulit diligentius sanctam darauf hin zu deuten, daß die Nothwendigkeit einer wiederholten sorgfältigeren Redaction in der Umgehung des bisherigen Gesetzes ihren Grund hatte.

geſetzliche Maß überſteigenden Theil ſeines Grundbeſitzes auf ihn übertragen hatte; darauf hin ward er, wie Livius[643] berichtet, nach ſeinem eigenen Geſetz verurtheilt: „quod emancipando filium fraudem legi fecisset.“ Die Glaubwürdigkeit dieſes Zeugniſſes läßt ſich nicht in Zweifel ziehen, allein es würde meiner Meinung nach übereilt ſein, darin die endgültige Beantwortung der obigen Frage zu erblicken. Denn der Richter, der den Licinius verurtheilte, war das Volk,[644] und wenn man weiß, wie daſſelbe bei Ausübung ſeiner Strafgerichtsbarkeit verfuhr (S. 41 fl.), wird man ſchwerlich den Schluß von ihm auf den gewöhnlichen Richter für ſtringent halten. Jedenfalls verdient gegenüber dieſem einzigen Zeugniß auf der andern Seite in die Wagſchale geworfen zu werden, daß unter den Scheingeſchäften des ältern Rechts nicht wenige ſich befanden, die geradezu eine Umgehung geſetzlicher Beſtimmungen enthielten,[645] ſo wie daß die Geſetzgebung ſelber in Fällen, wo ſie ſich ſcheute, ein früheres Geſetz direct und ausdrücklich aufzuheben, ſich des Mittels einer Umgehung deſſelben bediente.[646] In einer Zeit, welche die Umgehung des Geſetzes mit unſern heutigen oder mit den Augen der ſpäteren römiſchen Juriſten angeſehen hätte, wäre beides nicht möglich geweſen. Vielleicht verhält es ſich mit dieſer Frage, wie mit der Wortinterpretation der Geſetze überhaupt, d. h. die Jurisprudenz erkannte die Berechtigung der Umgehung des Geſetzes im Princip an, wie ſie denn ja ſelber bei ihren Schein-

643) Liv. VII, 16

644) Die Uebertreter des Geſetzes wurden von den Aedilen vor dem Volk auf eine Geldſtrafe belangt. So z. B. Liv. X, 13.

645) Cic. pro Murena c. 12. Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jureconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.

646) Das Hauptbeiſpiel gewährt die lex Furia über die Höhe der Legate; das Geſetz hob den Satz der XII Tafeln: uti legassit, ita jus esto rückſichtlich des von ihm vorgeſchriebenen Betrages der Legate nicht auf, aber es umging ihn, indem es den Legatar, der einen höheren Betrag annahm, mit der Strafe des Vierfachen belegte, B. 3 § 52 (S. 109).

geschäften auf diesem Fundamente stand, wußte aber nichts desto weniger im einzelnen Fall, wo die Verstattung des Umweges dem Rechtsgefühl oder höheren Interessen widerstrebte, irgend ein künstliches Mittel zu finden, um ihn abzusperren.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider.

XLV. Von allen Charakterzügen des älteren Rechts drängt sich in dem Maße kein anderer sofort auch der oberflächlichsten Betrachtung auf als das durch und durch formelle Gepräge desselben. Liegt dies an uns, an unserm einer solchen Erscheinung im heutigen Recht minder gewöhnten und darum besonders dafür empfänglichen Auge? Gewiß nicht! Dieser Charakterzug ist objectiv der am schärfsten ausgeprägte, am consequentesten durchgeführte; selbst der Gedanke der Freiheit, der ihm im übrigen am nächsten kommt, und der wie er durch das ganze Recht, das öffentliche wie das Privatrecht geht, selbst er kann sich nicht mit ihm messen. Kein materielles Princip verstattete eine so rücksichtslose, ungehemmte Durchführung, wie das der Form, kein Element des alten Rechts hat sich so lange erhalten; *die römischen Formen haben die römische Freiheit überlebt.*

Es ist ein eigenthümliches Verhältniß, welches gerade zwischen diesen beiden Fundamentalgedanken des römischen Rechts obwaltet. Scheinbar sich widersprechend — denn der höchsten Freiheit des *materiellen* Wollens, welche der eine gewährt, setzt der andere die äußerste Gebundenheit in *formeller* Beziehung entgegen — scheinbar sich widersprechend verrathen sie durch den *Parallelismus ihrer Entwicklungslinien*,

daß ſie ſich gegenſeitig bedingen und durch eine geheime Wechſelbeziehung aufs engſte aneinander gekettet ſind. Die Blüthezeit der Freiheit iſt zugleich die Periode der peinlichſten Strenge in der Form, dem allmähligen Verfall jener entſpricht das Nachlaſſen der Strenge auf dieſer Seite, und als jene völlig gebrochen und unter dem fortgeſetzten Druck des Cäſaren-Regiments den letzten Reſt deſſen, was noch an alter Kraft in ihr war, ausgeathmet hatte, folgten auch die Formen und Formeln des alten Rechts ihr bald nach; und würde es nicht ſchon an ſich zum Nachdenken auffordern, daß ihre Beſeitigung gerade in eine Zeit fällt, wo ſich das ſouveräne Belieben unverhüllt und offen als oberſtes ſtaatsrechtliches Princip auf den Thron geſetzt hatte: die Zeit der byzantiniſchen Kaiſer, die Leichenrede, mit der letztere dieſelben begleiteten, die Abneigung und Geringſchätzung gegen ſie, die ſich in ihr ausſpricht,[647]) müßte uns über das Verhältniß zwiſchen der Freiheit und der Form die Augen öffnen. *Die Form iſt die geſchworene Feindin der Willkühr, die Zwillingsſchweſter der Freiheit.* Denn die Form hält dem Verſucher, der die Freiheit zur Zügelloſigkeit zu verleiten ſucht, das Gegengewicht, ſie lenkt die Freiheitsſubſtanz in feſte Bahnen, daß ſie ſich nicht zerſplittere, und kräftigt ſie dadurch nach innen und ſchützt ſie nach außen. Feſte Formen ſind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit ſelber und andererſeits eine Schutzmauer gegen äußere Angriffe, — ſie laſſen ſich nur brechen, nicht biegen — und wo ein Volk ſich *wirklich* auf den Dienſt der Freiheit verſtand, da hat es inſtinctiv auch den Werth der Form herausgefühlt und geahnet, daß es in ſeinen

---

647) L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58) (342) juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes . . L. 15 Cod. de testam. (6. 23) (339) quoniam *indignum* est ob inanem observationem . . . L. 9 Cod. qui admitti ad B. P. p. (6. 9): Verborum inanium excludimus captiones. L. 17 Cod. de jure delib. (6. 30) (407) cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.

Formen nicht etwas rein Aeußerliches besitze und festhalte, sondern das Palladium seiner Freiheit.

Schon diese erste Beobachtung, die wir an dem Object unserer Betrachtung gemacht haben, muß uns lehren, daß wir es hier nicht mit einer rein äußerlichen Erscheinung, sondern mit einem Gegenstand von tief innerlicher Bedeutung zu thun haben. Hätte die Rechtsphilosophie oder die positiv-romanistische Jurisprudenz, die beide die dringendste Veranlassung hatten, diese Bedeutung festzustellen, sich der Aufgabe unterzogen, ich würde nicht nöthig haben, mir auch hier wieder durch eine Untersuchung allgemeinerer Art den Weg zur historischen Darstellung zu bahnen. Allein der Rechtsphilosophie war die Frage wohl zu speciell und stofflich und der positiven Jurisprudenz umgekehrt zu abstract,[648]) und so glaube ich nicht an ihr vorübergehen zu dürfen.

Der Gegensatz von Inhalt und Form wird wie von den Dingen der äußern Natur, so auch von denen des Geistes gebraucht, wir sprechen von den Formen der Gefühle, des Gedankens, des Willens u. s. w. und verstehen darunter die Mittel, in denen die inneren Vorgänge, Ideen, Empfindungen, Entschlüsse u. s. w. Ausdruck und äußere Existenz gewinnen. In beiden Anwendungen aber hat der Gegensatz keine reale Existenz: er ist nichts als eine Abstraction; unter Form verstehen wir den Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Eben darum aber setzt die Form stets den Inhalt voraus; es gibt weder einen Inhalt ohne

---

648) Der einzige, der sie meines Wissens berührt und, wie nicht anders zu erwarten, in höchst beachtenswerther Weise, ist Savigny System III S. 238 und Oblig. R. II 218. Erst nach Abschluß der folgenden Darstellung ist mir eine eigne Schrift über den Gegenstand: von Völderndorf, Die Form der Rechtsgeschäfte u. s. w., Nördlingen 1857, zugegangen. Sie hat mir keinen Anlaß gegeben, an meiner Darstellung irgend etwas zu ändern, so wenig ich damit im übrigen dem guten Willen, der sich in ihr ausspricht, die Anerkennung versagen will.

Form, noch eine Form ohne Inhalt. Der Schein des Gegentheils hängt mit dem Wechsel der Form zusammen; der schließlichen Form, die wir dem Inhalt entgegenstellen, geht nicht ein Inhalt ohne Form, sondern ein Inhalt in anderer Form voraus.

In dieser Weise verhält es sich mit dem Gegensatz auch bei dem Gegenstand unserer Betrachtung, dem rechtlichen Willen. Die Annahme desselben ist bedingt durch seine Erkennbarkeit, letztere durch seine Aeußerung. In diesem Sinn gibt es also keinen formlosen Willensakt — ein Wille ohne Form wäre gleich dem Lichtenbergschen Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt. Wenn wir nichts desto weniger von formlosen Willenserklärungen reden, so liegt auf der Hand, daß der Ausdruck Form hier eine andere und zwar engere Bedeutung haben muß. Damit aber hat es folgende Bewandniß.

Das Recht kann dem Willen rücksichtlich der Mittel seiner Aeußerung im Rechtsgeschäft[649] entweder völlige Freiheit lassen, so daß also jedwedes Mittel, sei es das Wort, die Handlung, das Zeichen und unter Umständen selbst das Schweigen, insofern nur der bestimmte Willensinhalt daraus mit Sicherheit entnommen werden kann, zur Hervorbringung der beabsichtigten Wirkung ausreicht, oder aber es kann ihn in der Wahl dieser Mittel beschränken und zwar entweder so, daß es die Erreichung des beabsichtigten Zwecks an die Benutzung einer bestimmten Aeußerungsform knüpft, so daß also im Unterlassungsfall entweder gar keine Wirkung (Strafe der Nichtigkeit) oder nicht die volle Wirkung[650] eintritt, oder aber in der Weise, daß die Nichtbeachtung der Form, ohne das Rechtsgeschäft selbst in irgend einer Weise zu afficiren, für den Urheber desselben eine von letzterem

649) Daß und warum der folgende Gegensatz nur bei Rechtsgeschäften, nicht auch bei Delicten Anwendung leidet, bedarf keiner Ausführung.

650) Man vergleiche z. B. das pignus publicum und privatum des neuern römischen Rechts, im deutschen Recht den Gegensatz der läugenbaren und unläugenbaren Schuld s. u.

völlig unabhängige Strafe z. B. eine fiscalische Geldstrafe[651]) nach sich zieht. Nur die in der ersten Weise postulirten Formen sind es, die den Begriff des formellen Rechtsgeschäfts constituiren. Bei der zweiten Art erscheint das Rechtsgeschäft lediglich als äußere Veranlassung zur Vornahme einer anderen bedingungsweise vorgeschriebenen Handlung.[652]) Das formelle Rechtsgeschäft läßt sich mithin definiren als dasjenige, bei dem sich die Nichtbeachtung der rechtlich erforderlichen Form der Willensäußerung im Rechtsgeschäft selbst rächt.[652a]) Requisite des Rechtsgeschäfts, die sich nicht auf die Form der Willensäußerung beziehen, gehören gar nicht hieher.

Jede Formvorschrift enthält eine Beschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel, aber nicht jede derartige Beschränkung begründet den Begriff des formellen Geschäfts. Die Beschränkung kann eine negative oder positive sein. Ersteres, wenn nur ein gewisses Aeußerungsmittel (z. B. die stillschweigende Erklärung) oder der Abschluß an einem gewissen Ort, zu einer gewissen Zeit gesetzlich ausgeschlossen ist, letzteres wenn die Aeußerungsform positiv fixirt ist.[653]) Dort dürfen wir von „Formbeschränkungen", nicht aber von einem formellen Geschäft

651) In dieser Weise hat man hie und da das Gebot der Zuziehung von Stempelpapier gesichert. Mit dem obigen Gegensatz hängt, insoweit es sich dabei um Beachtung einer Form handelt, der der leges perfectae und minus quam perfectae zusammen.

652) Der Miethcontract mit dem Gesinde ist in unserm heutigen Recht durch das vielfach vorkommende Gebot polizeilicher Anmeldung des Gesindes kein formeller geworden.

652a) Wenn Puchta Pandekten § 250 innerhalb dieses Begriffs noch zwischen mangelnder Gültigkeit und mangelnder Klagbarkeit unterscheiden will, so ist dies eine in jeder Weise unglückliche Idee, die man sich bloß die Mühe zu nehmen braucht im Einzelnen weiter durchzuführen, um sie als völlig unhaltbar zu erkennen. Was ihr zu Grunde liegt, ist ein Gegensatz in den römischen Formen, für den wir später den richtigen Ausdruck suchen werden.

653) Diese Fixirung kann auch lediglich den Ort (z. B. vor Gericht, auf der Börse) und denkbarerweise könnte sie auch die Zeit betreffen.

reden, denn die von dem Handelnden angewandte Form ist trotz der Beschränkung in der Wahl nichts desto weniger ein Werk der Wahl gewesen, sie hat alle Eigenschaften der freien oder individuellen Form, von denen sogleich die Rede sein wird, während das formelle Geschäft, soweit die Formvorschrift reicht, jede Wahl und Freiheit ausschließt.

Demzufolge würde sich der Begriff des formlosen Rechtsgeschäfts als mehr oder minder freie Selbstbestimmung des Willens rücksichtlich der Form seiner Aeußerung definiren lassen, und wir könnten demgemäß den Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus als den der freien und unfreien Form bezeichnen. Dies Moment der Freiheit ist das allein entscheidende. Darum also begründen Formen, die auf freier Wahl der Partheien beruhen z. B. die Zuziehung von Zeugen, die schriftliche Aufzeichnung des Contracts, kein formelles Geschäft, selbst dann nicht, wenn sie noch so feierlich und noch so allgemein üblich sind, ohne aber rechtlich nothwendig zu sein. Nicht das äußere Gepränge, sondern der innere Charakter der Form d. h. ihre rechtliche Nothwendigkeit entscheidet. Mündlicher Abschluß eines Vertrags ist an sich nichts Solennes, allein wo er gesetzlich vorgeschrieben, ist der Vertrag ein formeller. Ebenso die Zuziehung von Zeugen. Nicht minder gleichgültig für den Begriff des formellen Geschäfts ist das legislative Motiv der Form. Der Zweck, den das Gesetz im Auge hatte, kann ein mannigfaltiger sein z. B. Sicherstellung des Beweises, Ausschließung von Uebereilungen, Uebervortheilungen u. s. w. Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und die Parthei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relevirt nichts; der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem guten Willen der Parthei überlassen wollen, sondern selbst in die Hand genommen; der von ihm vorgezeichnete Weg zur Erreichung desselben ist zum ausschließlichen, zum nothwendigen gemacht.

Diese Nothwendigkeit und Ausschließlichkeit, welche das Wesen der unfreien Form ausmacht, ist aber eine äußere, positive, jede derartige Form ist also in diesem Sinn etwas Zufälliges, Willkührliches, so sehr sie im übrigen auch das Product einer gesunden und naturgemäßen historischen Entwicklung gewesen sein mag. Darum also ist die Tradition, Occupation, kurz die Apprehension des Besitzes kein formeller Act, denn die Nothwendigkeit derselben ist eine innere, sie liegt in dem Zustand, den sie begründen soll, und verhält sich zum Besitz kaum anders als die Geburt zum Leben. Dies Moment der Positivität der Form im Gegensatz zu dem rationellen Wesen, der Allgemeingültigkeit der Formlosigkeit ist auch den römischen Juristen nicht entgangen, wie seiner Zeit bei dem Gegensatz des jus civile und jus gentium nachgewiesen werden wird.

Der bisher entwickelte Gegensatz der Freiheit und Unfreiheit rücksichtlich der Aeußerungsform des Willens schließt einen andern in sich, nämlich den des Individuellen und Abstracten. Die freie Form ist zugleich eine individuelle, denn sie geht ganz auf in diesem bestimmten Rechtsgeschäft, sie entsteht und vergeht mit ihm, ja sie ist im Grunde nichts als dieser bestimmte concrete Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Die unfreie Form hingegen ist zugleich eine abstracte, stereotype. Denn wenn sie gleich nur an und in dem concreten Rechtsgeschäft zur Erscheinung gelangt, so hat sie doch andererseits eine davon unabhängige (abstracte) Existenz, sie geht nicht hervor und fällt nicht zusammen aus und mit diesem einzelnen Rechtsgeschäft, sondern sie tritt von außen als etwas Fremdes, bereits Vorhandenes, Gegebenes, Selbständiges mit dem Anspruch auf unbedingte Beachtung an das Rechtsgeschäft heran, und die Bildung des letzteren erfolgt durch eine Combination zweier separater Elemente: des concreten Inhalts und der ein für alle Male bestimmten Form. So erklärt sich der obige engere Sprachgebrauch rücksichtlich des Ausdrucks Form, demzufolge die Rechtsgeschäfte mit freier Form als „formlose" gelten. Bei letzteren

nämlich, bei denen die Form ganz dem Willen anheim gegeben iſt,[654]) gelangt die Form nicht zur eigenen ſelbſtändigen Exiſtenz, ſie iſt ein bloßes Accidens des Inhalts, bei den formellen Geſchäften hingegen iſt die Form in der That zum Range einer eigenen juriſtiſchen Größe, zur ſelbſtändigen Exiſtenz erhoben. So läßt ſich alſo der Gegenſatz der formloſen und formellen Geſchäfte oder, um hier gleich den Ausdruck einzuführen, mit dem ich ihn fortan bezeichnen werde, der Gegenſatz der Formloſigkeit und des Formalismus, auf jenen allgemeinen Gegenſatz zurückführen, der ſich uns bereits verſchiedentlich als einer der Angelpunkte des älteren und neueren römiſchen Rechts bewährt hat (ſ. z. B. S. 87 fl., S. 102 fl., S. 432), auf den des Individualismus und der abſtracten Gleichheit.

Erſcheint nun dem bisherigen nach das Princip der Formloſigkeit vom aprioriſtiſchen Standpunkt aus als das normale, weil dem natürlichen Verhältniß zwiſchen Form und Inhalt entſprechende, das des Formalismus aber wegen ſeiner Abweichung von demſelben als das irreguläre, ſo möchte man erwarten, daß ſich dieſes aprioriſtiſche Verhältniß beider auch *hiſtoriſch* bethätige, d. h. daß erſteres die Regel, letzteres die Ausnahme bilde. Dieſe Annahme trifft in der That für unſer heutiges gemeines Recht zu, nichts deſto weniger aber iſt ſie falſch. Ueberhaupt ſtraft die Geſchichte unſere Erwartung hier in jeder Weiſe Lügen. Würde uns geſagt, daß von den drei Möglichkeiten, wie das poſitive Recht ſich zu unſerm Gegenſatz verhalten kann: der Combination beider Principien, der ausſchließlichen Herrſchaft der Formloſigkeit und der ausſchließlichen Herrſchaft des Formalismus nur zwei hiſtoriſch ſich realiſirt hätten, ſo würde ohne Zweifel Jeder auf die beiden erſten rathen und ſicherlich ebenſoſehr darüber frappirt ſein, daß der dritte Fall *dazu*, als daß der

654) Daher bezeichnen die Römer das Princip der Formloſigkeit mit Recht als Princip des nackten Willens, nuda voluntas im Gegenſatz zum rigor juris civilis z. B. Ulp. XXV, 1. L. 18 de leg. III (32).

zweite nicht dazu gehört. Mit der Formlosigkeit, so scheinbar natürlich sie ist, allein kann das Recht nicht bestehen, mit dem Formalismus wohl; es erträgt eher das äußerste Uebermaß als den gänzlichen Mangel der Form.

Diese Hinneigung des Rechts zur Form läßt auf ein inneres Bedürfniß oder auf eine eigenthümliche den Zwecken des Rechts entsprechende Brauchbarkeit der Form schließen. So richtig dieser Schluß ist, so sehr muß ich doch dagegen warnen, den Grund des historischen Auftretens des Formalismus lediglich in seinen praktischen Vortheilen zu finden. Um die Irrigkeit dieser Ansicht darzuthun, wird es gerathen sein bei der folgenden Untersuchung zwei Fragen streng von einander zu trennen: die von dem praktischen Werth des Formalismus und die von den Motiven seines historischen Auftretens.

Praktischer Werth des Formalismus.

Wenn irgendwo das abstractphilosophische Urtheil über Dinge des Rechts Gefahr läuft fehl zu greifen, so möchte der Formalismus vor allem die Versuchung dazu darbieten. [654a]) Der Philosoph vom Fach, der von den eigenthümlichen technischen Interessen und Bedürfnissen des Rechts keine Vorstellung hat, kann in dem Formalismus nichts anders erblicken als einen Ausfluß der sinnlichen Anschauungsweise, die Präponderanz eines rein äußerlichen Moments über das innere, eine positive Störung des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt. Gerade ihm bei seinem auf das Innere der Dinge gerichteten Blick muß diese Ueberhebung der dürren, nackten Form, dieser ängstliche, pedantische Cultus des an sich völlig werth- und bedeutungslosen Zeichens, die Dürftigkeit und Kümmerlichkeit des das ganze Formenwesen beseelenden und in ihm sich breit machenden Geistes — gerade ihm also, sage ich, muß dies ganze Wesen einen recht unerquicklichen und abstoßenden

654a) Einen Beleg dazu s. bei Hegel Rechtsphilosophie §. 217.

Eindruck machen. Und in der That, wir müſſen zugeſtehen, dieſer Beſtandtheil unſerer juriſtiſchen Technik hat für den Unkundigen durchaus nichts Achtung Erweckendes, und vielleicht iſt hierin der Grund zu ſuchen, daß die Rechtsphiloſophie von demſelben meines Wiſſens bisher kaum Notiz genommen hat. Und doch handelt es ſich dabei um eine Erſcheinung, die, eben weil ſie im innerſten Weſen des Rechts begründet iſt, ſich im Recht aller Völker wiederholt und ſtets wiederholen wird.[654b])

Um ſie richtig zu würdigen, muß man die allgemeine, ſoll ich ſagen culturhiſtoriſche oder philoſophiſche mit der juriſtiſch-praktiſchen Auffaſſung verbinden. Erſtere wird in §. 45[a], letztere hier ihren Platz finden. Wir werden zu dem Ende die in der Ueberſchrift bezeichnete Frage von dem praktiſchen Werth des Formalismus zu erörtern und zu dem Zweck die Vortheile und Nachtheile deſſelben gegen einander abzuwägen haben.

1. Die Nachtheile der Form.

Ich beginne mit ihnen, weil ſie ſich der unbefangenen Auffaſſung zuerſt und ungeſucht aufdrängen, während die Vortheile

---

654b) Für dieſe Bemerkung hat die neuere Literatur ſeit dem Erſcheinen der erſten Auflage zwei höchſt beachtenswerthe Belege in Bezug auf den ältern deutſchen und ältern franzöſiſchen Proceß gebracht, nämlich Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgange“ (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 51 S. 21 fl.) u. Brunner, Wort u. Form im altfranzöſiſchen Proceß (daſelbſt B. 57 S. 655 fl.) beide auch in Separatabdrücken erſchienen und beide nach Form und Inhalt gleich vorzüglich. Wie ſehr das Urtheil der Juriſten über die obige Erſcheinung nicht ſelten in die Irre gegangen iſt, zeigt das Beiſpiel von Heineccius, anerkannter Weiſe einem der gründlichſten und gewiegteſten Rechtshiſtoriker des vorigen Jahrhunderts. Derſelbe führt in ſeinen Antiq. jur. Rom. III 14 die Einführung der römiſchen Vertragsformen auf den Eigennutz der Patricier zurück: „patricii quorum intererat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate (der Formloſigkeit) desciverant“! Auch noch in unſerer Zeit hat man es für nöthig gehalten, den Urſprung der Formeln des älteſten römiſchen Proceſſes der Religion (ſ. § 47) zu entlehnen. Angeſichts ſolcher Verirrungen wird die Nothwendigkeit der folgenden Unterſuchung keiner Rechtfertigung bedürfen.

erst des absichtlichen Suchens und — muß ich hinzusetzen — um sie zu finden, des juristischen Auges bedürfen. Es verhält sich mit dem Formalismus wie mit so manchen andern Einrichtungen — das Drückende derselben fühlt jeder, das Wohlthätige Niemand, weil letzteres nur negativer Art ist d. h. darin besteht, daß sie Uebel abwenden. Ein einziger Fall, in dem die Uebelstände der Form in eclatanter Weise an die Oeffentlichkeit treten, wie wenn z. B. ein Testament wegen eines Formfehlers für nichtig erklärt wird, oder ein Proceß wegen Versäumniß der Form verloren geht, macht mehr von sich reden als die tausende von Fällen, in denen der Verlauf der Sache ein normaler war und die Form ihre Bestimmung erfüllte. Kein Wunder, daß das Urtheil des Unkundigen sich dem Formalismus abgeneigt erweist.

Die Nachtheile der Form lassen sich auf zwei Eigenschaften zurückführen, *ihre Gefährlichkeit* und *Unbequemlichkeit*. Beide sind mit der Form als solcher, wie verschieden dieselbe im übrigen auch gestaltet sein möge, unzertrennlich verbunden; die Verschiedenheit der Gestaltung der Form bestimmt nur das *Maß* ihrer Aeußerung.

Die *Gefährlichkeit* der Form beruht auf der Möglichkeit und den nachtheiligen Folgen des *Formfehlers*. Die Form erhebt den Anspruch einer genauen Kenntniß ihrer selbst und belegt die Unkenntniß, die Unachtsamkeit, Ungeschicklichkeit, den Leichtsinn mit empfindlicher Strafe. Das materielle Recht verlangt diese Eigenschaften in ungleich geringerem Grade. Einen formlosen Contract abschließen kann Jemand, auch wenn er die Rechtsgrundsätze, die bei ihm zur Anwendung gelangen, nicht kennt, in den Worten sich vergreift; das Recht und der Richter kommen ihm zu Hülfe. Aber einen formellen Contract kann nur derjenige abschließen, der die Form weiß und zu handhaben versteht, der etwaige Mangel derselben wird nicht supplirt. Darum ist die Lage eines Unkundigen oder Unvorsichtigen innerhalb eines formellen Rechts eine ungleich ungünstigere als innerhalb eines formlosen. Im verstärkten Maße gilt dies da, wo er einem Kun-

digen gegenüber ſteht, der von ſeiner Unkenntniß oder Argloſigkeit Gebrauch machen will. Der ehrliche, aber geſchäftsunkundige Mann iſt gegenüber dem geriebenen und gewiſſenloſen Geſchäftsmann in einem formellen Recht ungleich mehr im Nachtheil als in einem formloſen, denn wer die Form zu handhaben verſteht, dreht dem Argloſen einen Strick daraus, und vorzugsweiſe für ein formelles Recht gilt der bekannte Ausſpruch:[655] jura vigilantibus scripta sunt.

Die Momente, nach denen ſich der Grad der Gefährlichkeit der Form beſtimmt, liegen theils in, theils außer ihr. Für letztere wird ſich mir an einer anderen Stelle eine paſſendere Gelegenheit bieten (ſ. 3), ich beſchränke mich hier auf erſtere. Es ſind ihrer drei, die ich der Kürze wegen bezeichnen will als das quantitative, das morphologiſche und das principielle Moment d. h. es ſind maßgebend die Zahl der Formen, ihr äußerer Zuſchnitt und der principielle Charakter der Beſtimmungen über ihre Nothwendigkeit.

Rückſichtlich der Bedeutung des quantitativen Moments für die Leichtigkeit der Handhabung der Form darf ich auf S. 313 Bezug nehmen. Je kleiner die Zahl der Formen, je mehr einige wenige Grundformen durch das ganze Recht hindurch gehen, um ſo leichter die Kenntniß und Anwendung derſelben, um ſo geringer die Gefährlichkeit ihres Gebrauchs.

Unter dem morphologiſchen Moment der Form verſtehe ich die Geſtaltung, Zuſammenſetzung, den Zuſchnitt der Form, ob ſie einfach oder complicirt, leicht, bequem oder ſchwerfällig iſt, ob ſie lediglich eine Thätigkeit der Parthei oder auch die Mitwirkung anderer Perſonen z. B. der Obrigkeit, der Zeugen erfordert, ob ſie im Sprechen, Schreiben, Handeln beſteht, kurz die Elemente, aus denen die Form gebildet, und die Art, wie ſie es iſt. Einige Beiſpiele ſollen den Einfluß dieſes Moments veranſchaulichen.

655) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

Vergleichen wir die Form des römischen Testaments mit der der Stipulation. Erstere war weit complicirter als letztere, eben darum aber die Gefahr eines Formfehlers dort ungleich höher als hier. Aus je mehr Stücken eine Form zusammengesetzt ist, um so mehr Quellen von Formfehlern schließt sie in sich. Für die Stipulation war lediglich maßgebend das eine Stück derselben: die vage Frage des Gläubigers; die Antwort des Schuldners, mochte sie in wörtlicher Wiederholung der Form oder dem bloßen spondeo bestehen, hatte keine Schwierigkeit. Die Testamentsform hingegen erforderte Rogation der Zeugen, die familiae emtio, die nuncupatio, die Anwendung der richtigen Formeln für die einzelnen Bestimmungen, die richtige Reihenfolge der letzteren, die unitas actus. Ein unfähiger Zeuge unter sieben, ein Mißgriff in der Formel der Erbeseinsetzung, und das ganze Testament mit allen seinen Anordnungen war hinfällig. Bei der Stipulation genügte jede Art der Wortfassung in Frageform, und nur für gewisse Zwecke bedurfte es eines bestimmten Schlagwortes (spondeo, fidejubeo, fidepromitto u. a.).

Ein anderes ganz instructives Beispiel gewährt der Vergleich des Legisactionenprocesses mit dem Formularproceß. Ersterer war ungleich gefährlicher als letzterer, und gerade dieser Umstand soll, wie Gajus [656]) uns berichtet, seinen Untergang herbeigeführt haben. Auch im Formularproceß blieb, wie es einmal im Wesen der Form begründet ist, ein Mißgriff in der Form nicht ohne nachtheilige Folgen, allein der Zuschnitt dieser Proceßform machte die Gefahr eines Formfehlers ungleich seltener. Denn im ältern Proceß ward die Form gesprochen, im neuern geschrieben — man verspricht sich aber leichter als man sich verschreibt; und sodann fiel dies dort der Parthei, hier dem Prätor zu — eine Verschiedenheit, deren Bedeutsamkeit für unsern Gesichtspunkt ich nicht weiter auszuführen brauche. Dann endlich waren die Formeln dort bis ins Kleinste hinein unabänderlich fixirt — auch das Auslassen oder Vertauschen eines völlig gleich-

656) Gaj. IV §. 30.

gültigen Wortes enthielt einen Formfehler — hier hingegen waren ſie elaſtiſch, und nur die wirklich entſcheidenden Worte gaben den Ausſchlag.

Die Bedeutung des dritten obigen Moments: des principiellen, hoffe ich dem Leſer am leichteſten zu veranſchaulichen, indem ich ihm ein Beiſpiel aus einem neuern Geſetzbuch mittheile. Die Beſtimmungen des preußiſchen Landrechts über die ſchriftliche Abfaſſung der Verträge[657]) gewähren ein Muſter dafür, wie derartige Beſtimmungen nicht ſein ſollen. Das Geſetz erfordert dieſe Form bei allen Verträgen, deren Gegenſtand über 50 Rl. beträgt, durchbricht jedoch die Regel nach zwei Seiten hin, denn einmal ſoll es in fünf Fällen der Form ſchlechthin nicht, andererſeits aber umgekehrt in zwölf Fällen derſelben ſelbſt dann bedürfen, wenn das Object jene Summe nicht erreicht, welche Anordnung aber zum Theil wiederum verſchiedene Modificationen und Reſtrictionen erleidet.[658]) Schon das bloße Behalten dieſer

657) Die Belege zu dem Folgenden ſ. bei Bornemann Erörterungen im Gebiet des preuß. Rechts Heft 1. Berlin 1855. S. 144 fl. Auch das engliſche Recht würde ſich haben benutzen laſſen, man ſehe z. B. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

658) S. folgende Beiſpiele bei Bornemann S. 168: „Die Realverträge über bewegliche Sachen bedürfen keiner ſchriftlichen Form, wenn nur das Rechtsverhältniß, welches nach den Geſetzen durch das Hingeben der Sache begründet wird, eintreten ſoll; Verabredungen über Nebenverpflichtungen müſſen dagegen ſchriftlich feſtgeſtellt werden." S. 151: „Verträge, wodurch Jemand zu fortdauernden oder auf unbeſtimmte Zeit verſprochenen wiederkehrenden perſönlichen Leiſtungen verpflichtet wird, bedürfen ſchlechthin der Form, jedoch ſind ausgenommen die Miethverträge mit gemeinem Geſinde, bei welchem das Nehmen und Geben des Miethgeldes die Stelle des ſchriftlichen Vertrages vertritt. Dagegen müſſen Miethverträge mit Hausofficianten immer ſchriftlich errichtet werden." S. 160: 7. „Pachtverträge über Landgüter. Iſt der Pachtvertrag bloß mündlich geſchloſſen, ſo gilt er nur auf ein Jahr. 9. Verlagsverträge: Iſt der Vertrag nicht ſchriftlich errichtet, die Handſchrift jedoch vom Schriftſteller abgeliefert worden, ſo gilt die mündliche Verabredung zwar in Anſehung des Honorars, in allen übrigen Stücken aber ſind die Verhältniſſe beider Theile lediglich nach den geſetzlichen Vorſchriften zu beurtheilen." Siehe noch Fall 10 und 12 bei Bornemann

Bestimmungen würde eine Gedächtnißanstrengung erfordern, die man kaum von einem Andern als dem Juristen erwarten dürfte, und ich würde unbedenklich dies Thema zu den schweißtreibenden Fragen des juristischen Examens zählen. Und dieses wüste Conglomerat zusammenhangs- und principloser Verordnungen soll der Bürger und Bauer zum jederzeitigen Gebrauch bei der Hand haben? Fürs Volk eine Regel, die nach der einen Seite ein Dutzend, nach der andern beinah ein halbes Dutzend Ausnahmen erleidet? Und nun gar die Schwierigkeiten, die mit der Anwendung dieser Bestimmungen verbunden sind. Man muß erst taxiren, ob die Sache über oder unter 50 Rl. werth ist, man muß wissen, ob die bei einem Realcontract beliebten Bestimmungen eine Abweichung von dem gesetzlichen Typus des Geschäfts enthalten oder nicht, was unter Hausofficianten zu verstehen ist (Gouvernante, Gesellschafterin, Inspector, Hausarzt?), was unter gewagten Geschäften u. s. w. Derartige Bestimmungen sind Fallstricke und Fußangeln, vom Gesetzgeber dem Verkehr gelegt, ungesunde Producte der Studierstube, die dem Volk ewig fremd bleiben müssen. Denn ins Volk bringt nur, was aus dem Volk hätte hervorgehen können.

Es wird jetzt ein Leichtes sein, auf Grund dieser Exemplification den Begriff unseres dritten Moments zu bestimmen. Dasselbe betrifft die innere Gestaltung des Formenwesens, die Frage nämlich, inwieweit die Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Form principieller, oder casuistischer und sporadischer Natur sind, ob sie den Charakter der Einheit und Consequenz oder den der Zerrissenheit und Willkühr an sich tragen. Die höchste Entfaltung dieses und zugleich des zweiten Moments und die innigste gemeinsame Durchdringung beider bethätigte sich im altrömischen Recht an der Harmonie oder ich

S. 160, 161 Schenkungen endlich bedürfen noch einer besondern Form, der gerichtlichen Abschließung. In der That ist dies völlig principlose Schwanken und Schaukeln zwischen Form und Formlosigkeit ganz geeignet das Gefühl des Schwindels und der Seekrankheit zu erregen.

will lieber ſagen: dem Parallelismus der Formen und Begriffe, darin nämlich, daß die Form ſich den innern Unterſchieden des materiellen Rechts anſchmiegte, ſo daß alſo die Verſchiedenheit der Rechtsgeſchäfte nicht bloß in der Verſchiedenheit der Formen ſich kund gab, ſondern daß die innere Eigenthümlichkeit des oder der mit einer beſondern Form ausgeſtatteten Rechtsgeſchäfte in dem morphologiſchen Moment der Form ſich abſpiegelte und ausprägte. Es erhob ſich hier das bloß ſtoffliche Element der Form zur Höhe einer juriſtiſchen Kunſtſchöpfung. Man vergleiche einmal die Form der Stipulation, der Mancipation, der Abtretung vor Gericht (in jure cessio) und des Teſtaments. Die Form der erſten war die der Frage (spondesne, dabisne u. ſ. w.). Eine Frage aber iſt die Form der Beziehung, ſie wird gerichtet an eine beſtimmte Perſon, ſie iſt daher ganz angemeſſen für das relative Verhältniß der Obligation; die innere Nothwendigkeit einer gegenüber ſtehenden Perſon iſt durch die Form ſelbſt äußerlich angedeutet. Die Form des zweiten und dritten Rechtsgeſchäfts war die der Aſſertion, der Behauptung (Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra Gaj. I 119. — hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo Gaj. II 24); ebenfalls höchſt bezeichnend. Denn die abſolute Natur der in ihnen auftretenden Rechte findet in dem abſoluten Charakter der Form ihren Ausdruck. Eine Behauptung iſt unabhängig von der Beziehung zu einer beſtimmten Perſon. Oder mit andern Worten die Stipulation und die durch ſie begründete Klage war concipirt in personam, die Formel der beiden andern Rechtsgeſchäfte und die auf ſie ſich ſtützende Klage in rem. Die Form des vierten Rechtsgeſchäfts war die eines Befehls (heres esto, heredem esse jubeo Gaj. II 117. damnas esto, ibid. §. 201, sumito §. 193, ſtatt der letzteren auch do lego). Wiederum ganz treffend. Einmal in hiſtoriſcher Beziehung: als Reminiscenz an die urſprüngliche Geſetzesform der Teſtamente, ſodann in dogmatiſcher Beziehung: als Ausdruck des in dem Teſtament ſich

verwirklichenden eigenthümlichen Rechts der Autonomie (wovon an anderer Stelle). Die Stipulation beschränkte ihre Wirkungen auf die handelnden Personen, die drei andern konnten dieselben möglicherweise auf andere ausdehnen. Auch dieser Unterschied erhielt seine morphologische Signatur; und zwar darin, daß dort die handelnden Personen für sich allein blieben, hier aber dritte Personen (Zeugen, Prätor) zugezogen wurden. Ein anderes Beispiel für die obige Behauptung gewährt die innere Oekonomie der Testamente (§. 47[b]).

Der zweite Uebelstand der Form besteht in ihrer Unbequemlichkeit. Das bequeme Sichgehenlassen des Willens, wie die Formlosigkeit es verstattet, ist durch die Form unmöglich gemacht, denn es bedarf außer dem bloßen Wollen noch eines besonderen Ansatzes, eines eignen Aktes des Bewußtseins und der That, um der Form ein Genüge zu leisten. Dazu gesellt sich sodann ferner der hemmende Einfluß gewisser anderer Umstände. Der Stempel des Geschäftlichen, den die Form an der Stirn trägt, macht die vom Recht begehrte Anwendung derselben in manchen Lebenslagen äußerst schwer; die socialen Formen legen nicht selten gegen die juristische Form ein Veto ein. Wer könnte überall, wo eine Verabredung getroffen wird, mit der juristischen Form hineinfahren, wer sich jedes Anerbieten oder Versprechen schwarz auf weiß geben lassen?[659] Ein solches Verfahren würde nicht bloß in manchen Verhältnissen eine Verletzung aller Rücksichten des Anstandes und der Sitte, eine grobe Taktlosigkeit, sondern nicht selten durch das in ihr sich äußernde Miß-

659) Auf der billigen Erwägung dieses Umstandes beruht vielleicht die Exemtion der Schenkung von der Stipulationsform im justinianeischen Recht, die sonst auf den ersten Blick etwas Befremdendes hat. Die Offerte eines Contractes rechtfertigt eine geschäftsmäßige Behandlung derselben von der andern Seite, nicht so aber das Versprechen einer Schenkung. Hängt hiermit auch die dotis dictio des ältern Rechts zusammen? Schwerlich, aber meiner Ansicht nach entschieden die Formlosigkeit der promissio dotis im neuern Recht, die man ohne Grund und ohne Noth zu einer pollicitatio erhoben hat.

trauen eine ſchwere Beleidigung des andern Theils enthalten. In Wirklichkeit erreicht die Form hier den gerade entgegengeſetzten Erfolg von dem, den ſie bezweckt, denn anſtatt die Sicherheit des Contrahirens zu erhöhen, ſchließt ſie dieſelbe gänzlich aus, verweiſt den Handelnden von dem feſten Boden des Rechts auf den unſichern des perſönlichen Vertrauens.

Das bisher Geſagte gilt für *jede* Form, wie immerhin ſie auch beſchaffen ſei. Es iſt aber begreiflich, daß gerade für die hier zur Betrachtung ſtehende Eigenſchaft der Form die beſondere Beſchaffenheit derſelben von entſcheidendem Einfluß ſein muß. Ich will dies an einigen Beiſpielen nachweiſen.

Jede beſondere Form hat ihre eigenthümlichen Inconvenienzen. Iſt *mündlicher* Abſchluß unter den Partheien vorgeſchrieben, wie z. B. für die Stipulation und die meiſten römiſchen Rechtsgeſchäfte, ſo iſt damit das Contrahiren unter *Abweſenden* abgeſchnitten, man muß zu dem Zweck erſt eine Reiſe machen oder Mittelsperſonen benutzen, und der Strenge nach iſt der Taube und Stumme von der Benutzung dieſer Form ausgeſchloſſen, eine Conſequenz, die das römiſche Recht in der That ſich gefallen ließ. Iſt *ſchriftliche* Abfaſſung beſtimmt, wie durch das obige preußiſche Geſetz, ſo iſt umgekehrt vielfach das Contrahiren unter *Anweſenden* erſchwert, denn wer führt, wie Shylock, überall Papier, Dinte und Feder im Gürtel mit ſich? Der preußiſche Geſetzgeber verlegt das Contrahiren von dem Markt und der Straße auf die Stube und den Schreibtiſch, das römiſche Recht umgekehrt von letzteren auf jene — beides für ſie und ihre Zeit gleich charakteriſtiſch. Iſt Errichtung vor Zeugen, vor Gericht oder vor dem Notar vorgeſchrieben, ſo muß man, um zu contrahiren, erſt die Zeugen ſuchen, ſich vor Gericht oder zum Notar verfügen. Wie nun, wenn die Zeugen nicht zu haben ſind, wie z. B. in einſamer Gegend oder bei einer herrſchenden Epidemie die 7 Teſtamentszeugen?[660]) Wie, wenn die Gerichtsſtätte

660) Hierauf beruhen zwei Formen der erleichterten Teſtamentserrichtung: das testamentum ruri und tempore pestis conditum. Die Ge-

weit entfernt,[661]) oder die Umstände zum sofortigen Abschluß drängen, und Richter und Notar nicht sofort zu haben sind, oder der Vertrag die Kosten nicht trägt? Man sieht, daß jede Form, wie sie auch sei, ihre eigenthümlichen Nachtheile hat, durch die sich der Verkehr mehr oder minder beengt fühlen muß.

Die unvermeidliche Folge davon ist, daß er sich in dringlichen Fällen der Form entschlägt, ein unförmliches (d. h. im Gegensatz zum formlosen als dem der Form nicht bedürftigen: ein der Form an sich bedürftiges, aber ihrer ermangelndes) Rechtsgeschäft abschließt. Eine rechtliche Wirkung hat dasselbe nicht, seine Wirkung ist ausschließlich auf den guten Willen des Verpflichteten, auf seine Scheu vor der öffentlichen Meinung, seine Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit, Zuverlässigkeit, kurz auf die bona fides gestellt. Diese Flucht des Verkehrs vor der lästigen Form wiederholt sich überall, und zwar meine ich damit nicht etwa die Thatsache, daß hie und da die Form versäumt wird, sondern eine förmlich zur Regel und zur Gewohnheit des Verkehrs gewordene Nichtbeachtung der Form. So in Rom, wie seiner Zeit ausgeführt werden soll, so auch in unserm heutigen Verkehr, z. B. in den Ländern des preußischen Rechts.[662]) Das System der Verträge der bona fides im altrömischen Sinn d. h. des lediglich auf Treu und Glauben basirten Ver-

---

stalt des Soldatentestaments hängt nur zum Theil damit zusammen, wohl aber das Aufkommen und die Zulassung der Fideicommisse.

661) Hierin lag eine der Ursachen der unförmlichen Rechtsgeschäfte der Römer in Fällen, in denen es der in jure cessio d. h. für Entfernte einer Reise nach Rom bedurfte, z. B der unförmlichen Freilassung. Die beschränkte Anerkennung, die der Prätor der letzteren gewährte, war nur eine billige Berücksichtigung der in der Form gelegenen Inconvenienz, ähnlich wie in Anm. 659 und 660. Daß noch andere Motive mitwirkten, werden wir im dritten System zeigen.

662) So weiß ich z. B. aus meinem Vaterlande Ostfriesland, in dem das preußische Landrecht gilt, daß der ganze Marktverkehr beim Getreide-, Butter-, Viehhandel sich über das Erforderniß der schriftlichen Abfassung der Verträge hinwegsetzt.

kehrs iſt ein Product und Complement des Formalismus; der Formalismus treibt ſelber ſeine eigne Negation aus ſich hervor.

So wiederholt ſich alſo hier der bereits oben conſtatirte Widerſpruch der Form mit ſich ſelbſt und ihrem eignen Zweck. Beſtimmt, dem Verkehr einen höhern Grad der Sicherheit zu gewähren, veranlaßt ſie ihn umgekehrt, auf alle und jede rechtliche Sicherheit Verzicht zu leiſten, eine bequeme Unſicherheit einer unbequemen Sicherheit vorzuziehen. Man könnte es als eine Selbſtanklage des Formalismus, als das Eingeſtändniß ſeiner mangelnden abſoluten Durchführbarkeit bezeichnen.

Die beiden genannten Eigenſchaften der Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit ſind ſolche, die man meiner Anſicht nach mit Recht dem Formalismus zum Vorwurf machen kann. Nicht ſo verhält es ſich mit einem Vorwurf anderer Art. Er betrifft die ethiſche Seite deſſelben. Derſelbe iſt zwar meines Wiſſens noch von Niemanden beſtimmt formulirt und ausgeführt — ſeine Ausführung würde zugleich ſeine Widerlegung geweſen ſein — allein die ihm zu Grunde liegende Vorſtellung hat ſich doch in manchen Spuren und Anklängen vielfach geäußert, und für unklare Köpfe beſitzt ſie einen gewiſſen Reiz und Schein. Sie iſt namentlich befördert und unterſtützt durch eine hiſtoriſche Annahme, die nicht minder irrig iſt als ſie ſelber, nämlich daß das germaniſche Recht von jeher dem Grundſatz der Formloſigkeit der Verträge gehuldigt habe. [663]) Wenn man dafür früher wohl das Sprüchwort: ein

663) Der Verſuch von Stobbe, Zur Geſchichte des deutſchen Vertragsrechts, dieſe Behauptung zu beweiſen, hat mich nicht überzeugt, ſ. dagegen Siegel Geſchichte des deutſchen Gerichtsverfahrens, B. 1 S. 39 fl. Derſelbe unterſcheidet zwiſchen läugenbaren und unläugenbaren Schulden. Der Anſpruch aus einem formloſen Vertrag konnte durch den bloßen Eid des Beklagten beſeitigt werden, zur vollen Wirkung des Vertrages d. h. damit die Schuld eine unläugenbare ſei, verlangt auch das germaniſche Recht eine Form. Der Gegenſatz erinnert an den römiſchen des Legats und des fideicommissum heredi praesenti injunctum. C. A. Schmidt, Der princip. Unterſchied zwiſchen dem röm. und germ. Recht iſt ſo glücklich auch hier wie-

Mann ein Wort in Bezug genommen, so haben neuere Untersuchungen[664]) nachgewiesen, daß dasselbe mit der Frage von der bindenden Kraft formloser Verträge gar nichts gemein hatte, sich vielmehr lediglich auf den Proceß bezog und für ihn den Grundsatz aufstellte, daß die Parthei an ihre Behauptungen und Zugeständnisse vor Gericht gebunden war. Aber die Frage, welche Unterstützung das deutsche Recht der ethischen Verurtheilung des Formalismus gewähren könne, ganz dahingestellt — es scheint einer solchen Unterstützung gar nicht zu bedürfen.

Welche Mißachtung des sittlichen Gefühls von Seiten des Rechts, kann man sagen, das gegebene Wort wegen des geringsten Formfehlers für unverbindlich zu erklären, den schreiendsten Mißbrauch des Vertrauens, ich sage nicht einmal ungestraft, sondern selbst ungerügt zu lassen, ja den Richter zu verpflichten, dazu nöthigenfalls seinen Arm zu leihen und der Schlechtigkeit und dem Betruge innerhalb der Form einen sichern Schlupfwinkel zu eröffnen! Welchen verderblichen Einfluß muß der tägliche Anblick dieses Schauspiels auf das Rechtsgefühl des Volkes ausüben. Heißt nicht die Stimme desselben zum Schweigen bringen: dasselbe abtödten, heißt nicht die Form als das allein Entscheidende hinstellen: das Fundament allen Verkehrs, die Treue, untergraben?

Was ist darauf zu antworten? Zunächst und vor allem, daß diese ganze Anklage von einer totalen Verkennung der eigenthüm-

---

derum sein Ideal von Sittlichkeit im deutschen Recht verwirklicht zu finden. „Das germanische Vertragsrecht, sagt er S. 251, ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen." Anders dachte der alte Möser (S. Anm. 666) darüber, und sein Urtheil wiegt um so schwerer, als er eine durch und durch praktische und kernhaft deutsche Natur war. „Der Narr, sagt er in nicht sehr höflicher Weise, der zuerst das Sprichwort: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet als man glauben sollte."

664) Siegel, Die Erholung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 42 S. 201 fl.; auch als Separatabdruck erschienen, Wien 1863).

lichen Aufgabe des Rechts gegenüber der der Moral zeugen würde — ein Fehler, der freilich häufiger (und nicht bloß bei dieſer Frage) begangen wird, als man es erwarten ſollte, den es aber hier nicht der Ort iſt zu widerlegen. Oder ſoll das Recht etwa jede moraliſche Verpflichtung zugleich zur rechtlichen erheben? Nun wohlan: höher als das Wort ſteht doch jedenfalls der Eid, und dieſelben ethiſchen Gründe, aus denen man vom Geſetzgeber begehren könnte, daß er das formloſe Verſprechen für erzwingbar erkläre, würden noch in verſtärktem Maße für das eidliche Verſprechen in die Wagſchale geworfen werden können. Das kanoniſche Recht hat denn auch die Erzwingbarkeit deſſelben feſtgeſetzt und gerade damit ein lehrreiches Beiſpiel dafür geliefert, wohin es führt, wenn der Geſetzgeber moraliſche Anforderungen zu rechtlichen erhebt. Durch jene Beſtimmung nämlich ward der Eid zu einem Mittel, um die heilſamſten Beſtimmungen des Rechts zu vereiteln. Alle Schutzmaßregeln, die das Recht für das Subject getroffen hatte, ließen ſich mittelſt des Eides beſeitigen (z. B. Verbot des Zinswuchers, des Zwanges, Betruges, das SC. Macedonianum, Vellejanum), und hätte nicht das kanoniſche Recht eine Art von Taſchenſpielerkunſt angewandt (indem es bei erzwungenen, wucheriſchen u. a. Contracten zuerſt den Schuldner zur Erfüllung, ſodann aber den Gläubiger zur ſofortigen Rückgabe des Erhaltenen zwang), der Erfolg der ganzen Beſtimmung wäre vorzugsweiſe Wucherern und Betrügern zu gute gekommen. Unſere Partikulargeſetzgebungen in Deutſchland haben jene Beſtimmung nach und nach faſt überall aufgehoben; hat dadurch der ſittliche Geiſt im Volk Schaden erlitten? Umgekehrt äußert ſich gerade bei denjenigen Verhältniſſen, die der Geſetzgeber ſich ſelbſt überläßt, das ſittliche Gefühl des Volks regelmäßig am empfindlichſten, gleich als müßte es ſich ihrer bei ihrer rechtlichen Hülf- und Schutzloſigkeit in verdoppeltem Maße annehmen. [664a])

664a) Einen Beleg dafür wird uns der Verlauf der Darſtellung (B. 3 Abth. 2) an den klagloſen Verhältniſſen des ältern Rechts bringen.

Ich muß sodann noch auf eine andere Seite des Verhältnisses aufmerksam machen. Enthielt es schlechthin eine Unredlichkeit, wenn ein Römer ein von ihm in unförmlicher Weise abgeschlossenes Geschäft (z. B. Tradition einer res mancipi, Versprechen ohne Stipulationsform) nicht als verbindlich anerkannte? Man geht dabei unwillkührlich von der Supposition aus, daß es in seiner Absicht gelegen habe, sich wirklich juristisch zu binden, und daß nur aus Nachlässigkeit die erforderliche Form verabsäumt worden sei. Allein es war auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß nämlich die Unterlassung der Form in der Absicht juristisch gar nicht gebunden zu sein, ihren Grund hatte, und ich glaube, es ist keine zu kühne Annahme, wenn man für die ältere Zeit gerade diesen Fall als die Regel, den andern aber als Ausnahme setzt. Wenn die Anwendung einer einem jeden Römer so geläufigen Form, wie der Stipulation, Mancipation u. s. w., unter Verhältnissen unterblieb, die derselben kein Hinderniß entgegensetzten, so hieß dies nichts anders, als daß nach übereinstimmender Absicht der Partheien das Rechtsgeschäft keinerlei rechtliche Wirkung haben, es vielmehr in das Belieben der Parthei gestellt sein sollte, davon abzugehen. Was wir erst durch eine ausdrückliche Verwahrung erreichen müssen, nämlich daß die Verabredung zunächst für uns noch keine bindende Kraft haben solle, lag dort bereits stillschweigend in der Nichtanwendung der Form. Tradition einer res mancipi bedeutete für den römischen Verkehr, was im heutigen Recht der Vorbehalt des Eigenthums (das s. g. pactum reservati dominii), die unförmliche Freilassung eines Sklaven war so viel als Ertheilung der Freiheit mit Vorbehalt des Widerrufs, das pactum stand auf einer Linie mit unsern heutigen Tractaten. Die Urgirung des Mangels der Form enthielt in allen diesen Fällen keine Treulosigkeit, sondern die Geltendmachung des von Anfang an Gewollten.

2. Vortheile der Form.

Wir haben bei der Darstellung derselben zwei Arten genau von einander zu unterscheiden, nämlich diejenigen, die in der Form als solcher gelegen sind, sich mithin bei allen formellen Geschäften wiederholen (allgemeine) und diejenigen, die auf dem morphologischen Element der einzelnen Form beruhen, ihr also eigenthümlich sind — (besondere Vortheile). Um jene klar zu machen, bin ich genöthigt etwas weiter auszuholen.

Die Entscheidung eines Rechtsstreites besteht in der Anwendung des abstracten Rechts auf das concrete Verhältniß. Die Schwierigkeiten derselben können entweder in dem abstracten Recht gelegen sein, darin nämlich daß die Bestimmungen desselben, die zur Anwendung kommen, an Unklarheit, Unbestimmtheit leiden u. s. w. oder in dem concreten Verhältniß, sei es in der Zweifelhaftigkeit des rein factischen Vorganges (Beweisfrage), sei es in der Unbestimmtheit seines juristischen Charakters (Subsumtion, Diagnose). An den Schwierigkeiten der zuletzt genannten (dritten) Art bewährt sich der allgemeine Nutzen der Form; denen der zweiten Art kann sie ebenfalls begegnen, wenn sie nämlich darnach eingerichtet ist (Errichtung des Geschäfts vor der Obrigkeit, Zeugen u. s. w.), allein sie braucht es nicht, dieser Vortheil gehört also zur Classe der besonderen.

Jene Schwierigkeiten sind in den meisten Fällen durch die Parthei selber verschuldet; die objective Zweifelhaftigkeit, Unklarheit des Rechtsgeschäfts ist regelmäßig nur die Folge der subjectiven Unklarheit, sei es des Denkens und Wollens oder des Sprechens. Der Handelnde wollte z. B. dem Gegner nur den Gebrauch einer Servitut (precaria juris possessio) einräumen, aber er hat sich so ausgedrückt, als wolle er ihm die Servitut selbst gewähren, oder er war sich dieses rechtlichen Unterschiedes und der Nothwendigkeit der Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit gar nicht bewußt, sein Wille oscillirte, so zu sagen, in aller Unbefangenheit zwischen beiden in der Mitte.

Diese doppelte Unklarheit und in ihr eine der reichsten Quellen der Processe völlig auszuschließen, liegt nun zwar außerhalb der Macht des Rechts. Aber viel, sehr viel kann immerhin zu diesem Zweck geschehen theils durch freie Thätigkeit des Verkehrs (Benutzung stehender Formulare, Zuziehung von Juristen) theils durch das Recht, und das Mittel das sich ihm dazu darbietet, ist der Formalismus. [664b])

Die Form ist für die Rechtsgeschäfte, was das Gepräge für die Münzen. Wie das Gepräge uns die Prüfung des Metallgehaltes und des Gewichtes, kurz des Werthes der Münze erspart, eine Prüfung, der wir bei ungeprägtem Metall, wenn es zur Zahlung verwandt werden sollte, uns nicht entziehen könnten, so überhebt die Form den Richter der Mühe der Untersuchung, ob ein Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, und wenn für verschiedene Rechtsgeschäfte verschiedene Formen festgesetzt sind, auch der Untersuchung, welches beabsichtigt ist. Im System der Formlosigkeit können beide Fragen mit der größten Schwierigkeit verknüpft sein. Die erstere. Denn so sehr immerhin im Begriff das Rechtsgeschäft von den vorbereitenden Handlungen, das wirkliche Sichbinden des Willens von der bloßen Ankündigung der vorhandenen Geneigtheit zum Binden, die Bethätigung, Ausführung eines Entschlusses von der bloßen Mittheilung über das innerliche Vorhandensein desselben unterschieden ist, so sehr vermischen sich häufig die Gränzen in dem concreten Fall. „Ich

---

664b) Der praktische Sinn hat dies zu allen Zeiten und bei allen Völkern richtig herausgefühlt, so z. B. beim Volke Israel, Michaelis Mosaisches Recht II §. 81 (Verkauf, Tausch, Schenkung im Thor, auch wohl durch Ausziehung des Schuhs), bei den Türken, von Tornauw, Moslemitisches Recht S. 67 „Sigheh, die mündliche Verbindlichkeitserklärung, besteht in gewissen für jeden Vertrag besonders festgesetzten Ausdrücken und wird bei der definitiven Uebereinkunft und Abschließung des Vertrages ausgesprochen. Mit der Erklärung der Sigheh ist die mündliche Verhandlung bei Eingehung der Verträge abgeschlossen;" specielle Beispiele dafür S. 87 daselbst (Kauf), S. 105 (Darlehn).

will Dir legiren, verkaufen, ſchenken" kann heißen: 1. ich *thue* es hiermit, oder 2. ich mache mich *verbindlich* es demnächſt zu thun, oder 3. ich habe die *Abſicht*, wovon ich Dich in Kenntniß ſetze, aber in nicht anderer Weiſe und mit nicht anderer Wirkung, als von irgend einem anderen Gedanken, der in meiner Seele auftaucht d. h. ich will nicht gebunden ſein. Angenommen nun, daß letztwillige Verfügungen keiner Form bedürften: welche endloſe Menge von Proceſſen würde ſich über den Sinn derartiger im Leben durchaus nicht ſeltener Mittheilungen erheben. Im Syſtem des Formalismus iſt die Aeußerung der *Abſicht* des Wollens durchaus ungefährlich, ſie läuft nie Gefahr mit dem Wollen ſelbſt verwechſelt zu werden, im Syſtem der Formloſigkeit hingegen droht ſtets die Gefahr, ſowohl die Abſicht mit dem Willen als den Willen mit der Abſicht zu verwechſeln.

So dient alſo die Form zunächſt als Stempel des *fertigen* juriſtiſchen Willens.[665] Wie ſie hier nun das Juriſtiſche vom Nichtjuriſtiſchen, ſo kann ſie *zweitens* auch erſteres unter ſich abgränzen d. h. den Gegenſatz zwiſchen den einzelnen rechtlichen Geſchäften ſignaliſiren. Ich will dies an dem obigen Beiſpiel der Servitut nachweiſen. Die dem Richter vorgelegten Verhandlungen zwiſchen zwei Partheien über die angebliche Beſtellung einer Servitut können ihn zwiſchen vier verſchiedenen Annahmen ſchwanken laſſen: 1. die Servitut iſt *beſtellt* (Dingliches Rechtsgeſchäft), 2. ſie iſt bloß *verſprochen* (Obligation), 3. es iſt bloß die *widerrufliche Benutzung* eingeräumt (Precarium), 4. es iſt bloß die Abſicht, die *Geneigtheit* zur demnächſtigen Einräumung derſelben ausgeſprochen. Für den römiſchen Richter bot die

665) *Savigny* Syſtem III S. 238: „Ein Entſchluß, ſagt er, über wichtige Dinge kömmt ſelten mit einemmal zur Reife; es pflegt ihm ein Zuſtand der Unentſchiedenheit vorauszugehen, worin die Uebergänge allmählig und unmerklich ſind, und deſſen Unterſcheidung von dem vollendeten Wollen eben ſo ſchwierig ſein kann, als ſie für den ſpäter urtheilenden Richter unentbehrlich iſt. Hier dient nun die Form als untrügliches Kennzeichen des reifen Entſchluſſes."

Frage kaum eine Schwierigkeit, denn für den ersten Zweck bedurfte es der Mancipation oder der Abtretung vor Gericht, für den zweiten der Stipulation, fehlte es an jeder Form, so konnte nur der dritte oder vierte Fall vorliegen. Gerade für die beiden letzten Fälle war der Mangel eines äußern Unterscheidungsmerkmals völlig gleichgültig, denn in beiden Fällen war alles auf den guten Willen des Concedenten gestellt, der Gegner hatte keine Klage, der Richter ihn also hier wie dort schlechthin abzuweisen. Für unsern heutigen Richter kann unter Umständen die Frage, ob eine im Testament bedachte Person nach Absicht des Erblassers Legatar oder Erbe sein soll, große Schwierigkeiten haben, für den römischen Richter waren dieselben durch die verschiedene Form der Erbeseinsetzung und der Legate völlig abgeschnitten. [665a])

Der Nutzen der Form besteht also dem bisherigen nach in der Erleichterung und Sicherung der Diagnose — ein Gewinn, der scheinbar und zunächst nur dem Richter, in der That und schließlich aber der Parthei selbst und dem Verkehr zu gute kommt. Denn wie unter der Schwierigkeit und Unsicherheit der pathologischen Diagnose weniger der Arzt als der Patient, so leidet unter der der juristischen weniger der Richter als die Parthei. Jene Erleichterung für den Richter aber muß der Verkehr mit einem Opfer von seiner Seite erkaufen, *die Mühe und Arbeit des Richters und der Partheien stehen hier im entgegengesetzten Verhältniß*. Im Formalismus hat es der Richter bequem, die Parthei unbequem, im System der Formlosigkeit umgekehrt die Parthei bequem, der Richter unbequem.

Zu diesem ersten allgemeinen Vortheil der Form gesellt sich ein zweiter, der unmittelbar in der Person der Parthei selbst wirksam wird. „Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs", sagt *Savigny*, [666]) ist es wünschenswerth, daß Verträge nicht über-

665a) Ein anderes Beispiel aus dem heutigen Recht gewährt der Mangel eines formellen Unterscheidungsmerkmals zwischen dem Erbvertrag und dem wechselseitigen Testament.

666) Obl. Recht II S. 217. Diesen Gesichtspunkt hatte bereits *Möser*

eilt, sondern in besonnener Ueberlegung der daraus entspringenden Folgen geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Ueberlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern." Bei solchen Formen, die mit einem gewissen Aufschube verbunden sind, wie z. B. gerichtliche Errichtung oder Insinuation ist dies unzweifelhaft richtig, für die Stipulation könnte man geneigt sein es zu bestreiten, weil der mit ihr verknüpfte Aufenthalt viel zu kurz war, um dem, der in Aufregung oder Uebereilung etwas versprochen hatte, Zeit zu lassen sich zu beruhigen und zu besinnen; die Stipulation war ein Moment, weniger als eine Minute. Allein es würde verkehrt sein, jenen heilsamen Einfluß der Form lediglich in dem durch sie veranlaßten Aufschub finden zu wollen. Er liegt vielmehr in ihr selbst, in der Vorstellung des Geschäftlichen, rechtlich Gebundenen u. s. w., die sich mit ihr verknüpft, darin daß sie diejenige Stimmung in dem Handelnden hervorruft, in der sich jeder beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts befinden soll, die geschäftsmäßige. Für das römische Ohr war das kleine Wörtchen spondesne, sobald es im Lauf des Gesprächs ertönte, eine Benachrichtigung, daß die Unterhaltung, wenn sie bis dahin einen andern Charakter an sich trug, fortan einen geschäftsmäßigen Charakter annahm, ein Signal für einen Akt von rechtlicher Natur und Bedeutung. Wer im Fluß der Rede Zusicherungen ertheilt hatte, mußte stutzig werden, sowie der Gegner ihn beim Wort nehmen und die Sache rechtlich fest (das ist die Bedeutung von stipulari) machen wollte; mit dem spondesne trat an ihn die Nöthigung heran, sich über die Natur der von ihm gemachten Aeußerungen klar zu werden, sich den Inhalt, die Tragweite und die Folgen der proponirten Stipulation zu vergegenwärtigen. Jenes Wörtchen hatte also den unschätzbaren Werth ein Wecker des juristischen Bewußtseins zu sein.

---

patriot. Phantas. Bd. 2. XXIV (Berlin 1778) S. 121 fl. in seiner launigen, aber höchst treffenden Weise hervorgehoben.

Wie manche Zusicherungen, Versprechungen u. s. w. werden heutzutage ertheilt, bei denen der Redende, so ernstlich er auch gesonnen ist sie zu halten, sich doch die Möglichkeit einer demnächstigen zwangsweisen Geltendmachung derselben von Seiten des Gegners gar nicht vergegenwärtigt, und bei denen, träte ihm die Hinweisung darauf durch das Ansinnen einer formellen Bestärkung derselben sofort entgegen, er die Uebernahme einer *rechtlichen* Haftung entschieden verweigern würde. Erst die *Klage* bringt ihn zum Nachdenken und die Entscheidung einer Frage, die rechtzeitig aufgeworfen ihn ein einziges Wort gekostet hätte, bildet den Gegenstand eines höchst zweifelhaften Streites. Schließt der Formalismus die Gefahr in sich, daß Jemand, der wirklich die Absicht hatte, sich juristisch zu binden, wegen eines Formfehlers frei gesprochen wird, so das System der Formlosigkeit die entgegengesetzte daß Jemand, der *nicht* diese Absicht hatte, verurtheilt wird; daß die letztere Gefahr ungleich größer ist, wird Niemand bezweifeln.

Ich wende mich jetzt den *besonderen* Vortheilen der Form zu. Ich verstehe darunter, wie oben bemerkt, diejenigen, die auf der besonderen Gestaltung der Form (z. B. der Schriftlichkeit, Oeffentlichkeit) beruhen. Bei einer Einführung der Form auf legislativem Wege (wie im späteren römischen Recht der instrumenta publica vel quasi publica, der Insinuation, im preußischen Recht der schriftlichen Aufzeichnung) bilden vorzugsweise sie das Ziel, welches der Gesetzgeber im Auge hatte, und das ihn veranlaßte, der Form gerade diesen bestimmten Zuschnitt zu geben. Ich will die gangbareren Formen in dieser Rücksicht einer Prüfung und Vergleichung unterwerfen.

Es ist ein Vorzug der *schriftlichen* Aufzeichnung des Rechtsgeschäfts vor der mündlichen Errichtung, daß sie den demnächstigen Beweis desselben sichert. Die Zuziehung von *Zeugen* gewährt einen ähnlichen Nutzen, aber die Fixirung des Rechtsgeschäfts in der *Erinnerung* ist theils eine minder genaue, als die durch die *Schrift*, denn sie erstreckt sich nur auf den Sinn,

nicht auf die Wortfaſſung, und doch kann gerade letztere unter Umſtänden von höchſter Wichtigkeit ſein; theils eine minder dauerhafte, denn ſie iſt abhängig von dem Erinnerungsvermögen und dem Leben der Zeugen; theils endlich iſt ſie bei ſolchen Rechtsgeſchäften, die eine Menge detaillirter, ſchwer zu behaltender Beſtimmungen, Zahlen u. ſ. w. enthalten, wie z. B. nicht ſelten die Teſtamente, von vornherein höchſt ungeeignet. Einen andern folgenreichen Differenzpunkt zwiſchen beiden Formen bietet der Umſtand dar, daß die eine die völlige Geheimhaltung des Rechtsgeſchäfts möglich macht, die andere eine Mittheilung deſſelben an die Zeugen erfordert; erſteres wird mehr dem Intereſſe der Parthei, letzteres mehr dem dritter Perſonen und des Verkehrs entſprechen.[667]) Beide Formen laſſen ſich übrigens auch verbinden wie z. B. in unſerer heutigen Form der Errichtung vor Notar und Zeugen. Eine eigenthümliche Combination derſelben enthält das ſchriftliche Privatteſtament des römiſchen Rechts, inſofern es dem Teſtator verſtattet, den Zeugen den Inhalt des Teſtaments vorzuenthalten. Die höchſte Steigerung der ſchriftlichen Form beſteht in der amtlichen Aufzeichnung (Eintragung in die Flur-, Lager-, Hypothekenbücher, Handelsregiſter, Aufnahme zu Protokoll), die des Zeugniſſes in dem amtlichen Zeugniß (testam. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio, Inſinuation).

Die allgemeinen Vortheile der Form beſchränken ſich auf diejenigen Perſonen, welche in unmittelbare Berührung mit dem Rechtsgeſchäft treten: die Partheien und den Richter, die beſondern erſtrecken ihre Wirkungen ungleich weiter. Hervorhebung verdient in dieſer Beziehung namentlich die Eigenſchaft der Oeffentlichkeit der Form, vermöge welcher das Rechtsgeſchäft zur allgemeinen Kunde gelangt. Durch ſie erhielten z. B. die Gläubiger eines Schuldners, der ſich arrogiren laſſen wollte,

667) Einen hierauf bezüglichen Geſichtspunkt in Betreff der mündlichen Errichtung des Teſtaments habe ich S. 140 hervorgehoben.

Gelegenheit, rechtzeitig ihre Ansprüche geltend zu machen, und erst als die Arrogationen nicht mehr vor der Volksversammlung vorgenommen wurden, und damit dieses in der Form gelegene Sicherungsmittel hinweggefallen war, bedurfte es für die Gläubiger eines eigenen selbständigen Schutzmittels (der in integrum restitutio propter capitis deminutionem). Einen ähnlichen Dienst leistete die alte Form der Testamentserrichtung vor versammelter Gemeinde (testamentum in comitiis calatis) den Verwandten des Testators.[668] Auch wer die von mir früher (B. 1 S. 145 fl.) aufgestellte Hypothese nicht theilt, daß das Volk in gleicher Weise wie über die Gesetze auch über die Testamente abgestimmt und mithin das Recht gehabt habe, unbillige, lieblose Testamente (inofficiosa) zu verwerfen, wird mir wenigstens darin beistimmen, daß die Publication des letzten Willens vor dem gesammten Volk *factisch* eine gewisse Garantie gegen einen schnöden Mißbrauch der Testirfreiheit gewährte. Denn sie setzte ihren Urheber noch bei seinen Lebzeiten der Kritik des öffentlichen Urtheils und dem Groll und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Verwandten aus. Als die heimliche Form der Testamente auf- und damit dieses Correctiv gegen jene Gefahr abkam, mußte der Ausfall in der Form auch hier auf dem Wege des materiellen Rechts gedeckt werden (querela inofficiosi testamenti). So ersetzt die Form nicht selten materielle Rechtssätze — durchgreifende Veränderungen in der Form werden daher auch immer eine Veränderung des materiellen Rechts zur Folge haben.

3. Das Verhältniß zwischen den Vortheilen und Nachtheilen.

Mit dem im bisherigen versuchten Nachweis der Vortheile und Nachtheile des Formalismus ist die oben von uns aufgewor-

668) Aus heutiger Zeit nenne ich das öffentliche Aufgebot bei der Eingehung der Ehe. — Wie auch fiscalische, polizeiliche, statistische u. s. w. kurz staatliche Zwecke durch die Form verfolgt werden können, will ich hier übergehen.

ſene Frage von dem praktiſchen Werth des Formalismus wenn auch ihrer Beantwortung näher geführt, ſo doch noch keineswegs beantwortet. Zu dieſem Zweck iſt vielmehr die Unterſuchung ſpeciell darauf zu richten, welche von ihnen beiden überwiegen.

Wie der vortheilhafte Charakter eines Kaufes ſich nicht darnach beſtimmt, welchen Werth der gekaufte Gegenſtand hat, ſondern darnach, in welchem Verhältniß Gewinn und Koſten zu einander ſtehen, ſo läßt auch der praktiſche Werth einer Einrichtung ſich nicht einſeitig nach ihren vortheilhaften Wirkungen, ſondern nur darnach bemeſſen, wie hoch der Preis iſt, um den ſie erkauft d. h. welche nachtheiligen Wirkungen mit in den Kauf genommen werden müſſen. Nun hat aber eine und dieſelbe Sache nicht für Jeden denſelben Werth; dem einen iſt ſie nöthiger, dem andern entbehrlicher, und auch die Koſten variiren nach Zeit und Ort. Ebenſo verhält es ſich auch mit den Rechtseinrichtungen; auch für ſie iſt der Maßſtab des praktiſchen Werthes ein durchaus *relativer*, bedingt durch eine Reihe von Vorausſetzungen.

Unſer heutiges Recht hat für Contracte im allgemeinen den Grundſatz der Formloſigkeit adoptirt, dagegen ſteht der Wechſel ausnahmsweiſe unter dem Geſetz der äußerſten formellen Strenge. Dieſe Thatſache berechtigt uns zu dem Schluß, daß die Bilanz zwiſchen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus hier und dort eine verſchiedene iſt; bei dem Wechſel oder dem Zweck und den Verhältniſſen, für die er beſtimmt iſt, machen ſich die Koſten bezahlt, bei den Contracten des gewöhnlichen Lebens nicht.[669] Für letztwillige Verfügungen, Uebertragung von Grundeigenthum, Beſtellung von Hypotheken, Prädialſervituten u. ſ. w. haben die neuern Rechte theils die Formen des römiſchen beibehalten, theils neue angeordnet. Gerade bei ihnen ſtellt ſich wiederum die Bilanz für den Formalismus beſonders günſtig. Denn

669) Mit gutem Grunde hat daher auch unſer A. D. H. G. B. auf die kaufmänniſchen Verhältniſſe das Princip der Form in energiſcher Weiſe zur Anwendung gebracht. Es war in der Beziehung vieles gut zu machen!

einmal hat für sie die Form einen viel höhern Werth als für die Contracte, da letztere ihre Wirkungen auf die handelnden Personen beschränken und in verhältnißmäßig kurzer Zeit sich ausleben, während jene ihre Wirkungen sowohl in Bezug auf die Zeitdauer als die betheiligten Personen möglicherweise sehr weit ausdehnen können. Im gleichen Verhältniß mit dieser Ausdehnung wächst der Werth einer Beglaubigung des Rechtsgeschäfts durch die Form. Andererseits aber sind die Nachtheile hier wiederum weniger drückend. Denn diejenigen Rechtsgeschäfte, die sich rasch consumiren, wie z. B. die Realcontracte, die Consensualcontracte mit Ausnahme der Societät, werden auch regelmäßig ohne lange Vorbereitung abgeschlossen, ja ein durch eine schwerfällige Form veranlaßter Aufschub könnte bei ihnen unter Umständen das Zustandekommen geradezu verhindern. Nicht so bei denen, die ich oben genannt habe. Sie drängen und eilen nicht so, und regelmäßig geht ihrem Abschluß eine längere Zeit der Vorbereitung, Ueberlegung, Verhandlung voraus, und ob diese Zeit durch die Zuthat der Form um etwas vermehrt wird, fällt gar nicht ins Gewicht. Sodann endlich bietet das Leben zu ihnen bei weitem nicht den häufigen Anlaß; auf tausend Contracte kommt vielleicht kaum ein Testament, auf hundert Eigenthumsübertragungen beweglicher Sachen kaum eine von einer unbeweglichen Sache. Auf diese Weise erklärt und rechtfertigt sich auch der einfachere Zuschnitt der römischen Stipulation gegenüber dem der Mancipation und Abtretung vor Gericht.

So variirt also die Bilanz zwischen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute; eine Form, die für das eine Institut höchst angemessen ist, würde für das andere möglicherweise unerträglich sein. Nicht minder aber variirt dieses Verhältniß der beiden Seiten des Formalismus nach Verschiedenheit der historischen Zustände und Prämissen. Für das römische Recht bildet das Erforderniß der Form die Regel, für uns die Ausnahme.

Hätten die Römer den Druck ihres Formenwesens in dem

Maße empfunden, wie wir ihn empfinden müßten, sie würden sicherlich nicht unterlassen haben, sich desselben zu entledigen, wie sie es ja stellenweis wie z. B. bei dem Legisactionenproceß und später bei den Formeln letztwilliger Verfügungen in Wirklichkeit gethan haben. Der Druck kann also für sie kein so schwerer gewesen sein, und dies führt uns auf zwei Umstände, welche ebensowohl für die relative Natur des Formalismus im allgemeinen als für das specielle Verständniß des römischen Formalismus von hoher Bedeutung sind. Die erste ist die bereits früher (S. 394 u. fl.) mit besonderem Hinblick auf den Formalismus besprochene Stellung der römischen Jurisprudenz zum Volk, die Allgegenwart der Juristen im Leben und die Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen. Der zweite Umstand besteht in einer Eigenschaft, die wenn auch dem römischen Volk keineswegs eigenthümlich, sich dennoch bei ihm in ungleich höherem Grade vorfand als mit Ausnahme des englischen bei allen Völkern der Gegenwart, ich meine jenen nationalen Zug zur Form, den ich im Folgenden als Formsinn bezeichnen und einer näheren Betrachtung unterziehen werde, und der das Volk die Formen nicht als etwas äußerlich Aufgedrungenes, Positives, Fremdartiges, sondern als etwas Selbstverständliches, Natürliches erscheinen ließ.

2. Die historischen Gründe des Formalismus.

Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formsinn — Symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form.

XLV[a] Es ist bereits oben (S. 463) bemerkt, daß es irrig sein würde, das Dasein der Formen im Recht ausschließlich auf den im bisherigen nachgewiesenen praktischen Nutzen derselben zurückzuführen. Richtig ist diese Ansicht nur für diejenigen Formen, welche durch einen Akt der Gesetzgebung ins Leben gerufen sind, denn sie sind eingeführt eines bestimmten Zweckes

wegen, sie verdanken ihr Dasein und ihren individuellen Zuschnitt ausschließlich einem praktischen Motiv; solche Formen dürfte man am passendsten tendentiöse nennen, denn sie treten in die Welt mit einer bestimmten Tendenz an der Stirn.

Anders bei denjenigen Formen, die aus dem Leben und dem Volke selbst hervorgegangen sind, wie namentlich alle der Urzeit des Rechts angehörige (naive) Formen. Der Umstand, daß sie nicht mit Absicht und Bewußtsein eingeführt, daß sie nicht gemacht, sondern geworden sind, schließt zwar die Möglichkeit nicht aus, daß unbewußt und instinctiv das Gefühl des praktischen Nutzens der Form bei ihrer Bildung mitgewirkt habe.[671]) Allein daß sie nicht ausschließlich diesem Motive ihren Ursprung verdanken, daß vielmehr noch andere Gründe sowohl bei der ersten Bildung als bei der Erhaltung derselben wirksam werden, ihr Unterschied von den tendentiösen also nicht bloß in der Verschiedenheit der Rechtsquelle (Gesetz und Gewohnheitsrecht) besteht, durch die sie eingeführt werden (in welchem Fall die Unterscheidung derselben völlig unberechtigt sein würde), dies, sage ich, läßt sich aus manchem abnehmen. Zunächst aus dem morphologischen Zuschnitt derartiger Formen. Derselbe ist nicht bloß ungleich voller, reicher, als er durch das rein praktisch-juristische Interesse geboten sein würde (man denke z. B. an die römischen Hochzeitsfeierlichkeiten), sondern er kann ebendadurch mit dem letzteren geradezu in Widerspruch treten. Jeden Zweifel aber beseitigt der Umstand, daß derartige Formen sich auch auf andern Gebieten wiederholen, und zwar auf Gebieten, für die der Gesichtspunkt des praktischen Werths der Form keine Anwendung leidet,

671) Auf diesen „der Nation inwohnenden bewußtlosen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der heilsamen Folgen wirksam ist" stellt Savigny System B. 3 S. 239 die Sache. Im Obligationenrecht Bd. 3 S. 220 äußert er sich nur dahin, daß diese Formen auf „uralter Volkssitte beruhen." Der obige Gegensatz im Texte ist es, der Puchta bei seinem verunglückten Versuch einer Scheidung zweier Arten von Rechtsformen (s. oben Note 652a) vorgeschwebt hat.

wie z. B. auf dem des religiösen Cultus, und eben diese Wahrnehmung kann und muß uns hier auf den rechten Weg leiten, uns nämlich zu der Erkenntniß führen, daß wir in dem Formalismus keine specifisch rechtliche, sondern eine allgemeine culturhistorische Erscheinung zu erblicken haben, die innerhalb des Rechts nur einen ungewöhnlich günstigen Boden vorfindet, nur eine besonders gesteigerte Wirksamkeit entfaltet.

Der Formalismus in diesem weitesten Sinne bezeichnet ein nothwendiges Entwicklungsmoment in der Bildungsgeschichte des menschlichen Geistes. Wie der in den Banden des sinnlichen Denkens befangene Geist überall, wo es die Darstellung eines Innerlichen gilt, zu sinnlichen Ausdrucksmitteln seine Zuflucht nimmt, zu Bildern in der Sprache, zu Personificationen in seiner Natur- und religiösen Anschauung, zu Attributen, Emblemen, Symbolen u. s. w., so benutzt er auch die Handlung, um seinen Gefühlen, Stimmungen, Ahnungen, Entschlüssen eine sinnlich-substantielle, plastische Gestalt zu geben. So wird ihm das Unsichtbare sichtbar, das Ferne nahe, das Tiefe an die Oberfläche gerückt. Dies ist die Sprache, die er versteht, und durch die er seine Unbehülflichkeit im abstracten Denken und Reden ausgleicht. Und eben weil sie ihm natürlich und nothwendig ist, gelingt ihm die Darstellung in und mit ihr in einer Weise, mit der alle Kunst und Ueberlegung der abstracten Periode sich nicht messen kann. Ein einziges Zeichen erschließt ihm das Wesen des Verhältnisses oft besser und hält es ihm gegenwärtiger und geläufiger, als alle Worte es vermöchten. In den Fasces und den Beilen der römischen Consuln steckte sowohl für sie selbst als für das Volk ein sehr beträchtliches Stück von dem Consulate — es erinnerte beide beständig an das, was es bedeutete Consul zu sein, und ich glaube, es ist nicht zu viel gesagt, daß ohne jenes Attribut der Geist, in dem die Consuln ihre Macht gehandhabt, die Stellung, die sie dem Volk gegenüber einnahmen, und damit die Geschichte des Consulats und des ganzen Staats eine andere

geworden wäre. Jene sinnlichen Ausdrucksmittel sind die Hülle, in der Gedanken, Ideen, Anschauungen, kurz ein geistiger Inhalt sich einem kindlichen Organismus, der ihn in seiner nackten Gestalt sich anzueignen noch nicht befähigt wäre, zuführen lassen. Was er ergreift und faßt, ist allerdings zunächst nur das Aeußere, die Schale, allein unbewußt hat er in ihr ein geistiges Samenkorn in sich aufgenommen, das auch in unfruchtbarster Erde auf die Dauer nicht regungslos verharren kann, sondern das unvermerkt keimt und sproßt, und dem Geist wenn auch kein klares Bewußtsein, so doch eine dunkle Ahnung zuführt, das Gemüth stimmt, die Phantasie in Bewegung setzt.

Zeichen und Handlungen, die diesen Zweck haben, einen geistigen Inhalt in jener Weise sinnlich darzustellen, heißen bekanntlich *symbolische*. Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas *Uebersinnliches*; wo das Auszudrückende seinerseits wieder etwas *Sinnliches* ist, wie z. B. wenn im römischen Recht[672] bei der Vindication das Grundstück durch eine Scholle oder im germanischen Recht bei der Tradition durch Rasen und Zweig[673] vertreten wird (Pars pro toto), sollte man den Ausdruck vermeiden (sonst könnte man auch das Gemälde, die Skizze ein Symbol des Gegenstandes nennen, den sie darstellen sollen), und ich werde für diese letztere Art im Folgenden den Ausdruck: *repräsentative* Darstellung gebrauchen. Der Speer war ein *Symbol* des Eigenthums, denn er drückte etwas Inneres, Geistiges aus: die rechtliche Macht und Herrschaft des Eigenthümers, dagegen der Stab, dessen man sich an seiner Statt bediente, kein Symbol, sondern ein Repräsentant, ein Surrogat des Speeres.[674] Ebenso war der Scheingang zum Grundstück, zu dem der

672) Gaj. IV, 17.

673) Michelsen über die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik. Jena 1856. Auch im englischen Recht, *Gundermann*, Engl. Privatrecht I S. 206 (ein Thürring oder Riegel, ein Baumast, Zweig, ein Stück Rasen vom Lande).

674) Gaj. IV, 16.

Prätor bei der Vindication die Partheien aufforderte,[675] keine symbolische Handlung, sondern eine Scheinhandlung (§. 46), sie sollte etwas *Aeußeres*: das wirkliche Gehen zum Grundstück vorstellen und ersetzen. Ebensowenig verdient daher das Geschäft per aes et libram den Namen einer symbolischen Zahlung, denn das, was hier angedeutet werden soll: eine Zahlung in alter Form ist wiederum etwas Aeußeres. Man müßte sonst die 30 Lictoren, welche in späterer Zeit bei der Arrogation die 30 Curien repräsentirten, eine symbolische Volksversammlung nennen. Dagegen war es eine symbolische Handlung, wenn der Sklav bei der Freilassung sich herumdrehen mußte, denn diese Veränderung seiner *äußern Stellung* (des status im natürlichen Sinn) sollte ein Zeichen sein für die seiner *inneren* (des status im juristischen Sinn). Ich will übrigens nicht verkennen, daß sich die Gränzen zwischen den symbolischen und repräsentativen Handlungen im einzelnen Fall sehr verwischen können, und will selbst die eben gerügte Ungenauigkeit im Gebrauch des erstern Ausdrucks gern zulassen, wenn man sich nur des Unterschiedes beider Arten von Handlungen dabei bewußt bleibt.

Symbole und symbolische Handlungen sind die Sprache des kindlichen Geistes — eine Hieroglyphenschrift, deren er sich bedient, weil er die Buchstabenschrift der abstracten Darstellung noch nicht erfunden, für sie noch kein Verständniß hat. Allein es ist doch nicht die Noth *allein*, die ihn zu dieser Zeichensprache treibt, nicht das bloße Unvermögen oder die Unbeholfenheit des abstracten Ausdrucks, sondern es ist zugleich das sinnige Behagen, das poetische Wohlgefallen an der sinnlichen Gestaltung des Geistigen, es ist der Reiz der *Plastik des Gedankens*. Denn zunächst treffen wir jene Darstellungsweise keineswegs bloß bei solchen Gedanken an, die durch ihre Tiefe zum Gebrauch derselben nöthigen. Der geistige Kern des Symbols ist nicht selten ein so platter und dürftiger, daß auch die Mittel einer noch so wenig

675) Cic. pro Murena 12: Inite viam . . . redite viam.

entwickelten Sprache zur Formulirung desselben vollkommen ausgereicht haben würden. Ja manche Formen — ich erinnere z. B. an die repräsentativen — schließen überhaupt gar keinen Gedanken in sich. Und sodann: wäre es bloß jener Grund allein gewesen, so müßte der Fortschritt der geistigen Entwicklung oder, was dasselbe, die Ausbildung der Sprache — denn was der Geist erwirbt, bucht die letztere — eine allmählige Verdrängung der Formensprache nach sich gezogen haben, auf der Höhe der Cultur müßten alle Reste der naiven Periode abgethan sein, und die Form, insoweit nicht, wie im Recht, ein praktisches Motiv ihr das Dasein fristete, dem nackten, dürren, abstracten Gedanken Platz gemacht haben. Dies ist aber keineswegs der Fall, so wenig ich im übrigen läugnen will, daß die Veränderung der geistigen Atmosphäre einen bemerklichen Einfluß in dieser Beziehung ausübt.

Also: der Formalismus ist nicht bloß ein Nothbehelf des nach dem Ausdruck ringenden Geistes, er hat nicht bloß seinen Grund in der ursprünglichen Unvollkommenheit der Sprache. Zu diesem ersten Motiv seines historischen Auftretens, das sich mit der Kindheitszeit der Völker erschöpft, gesellt sich vielmehr noch ein zweites, das dieselbe weit überdauert. Es ist das so eben angegebene: das Wohlgefallen an der Aeußerlichkeit, die Freude am Sinnlichen, nennen wir ihn den Formsinn.

Die Anziehungskraft, welche die Form in dem obigen Sinn d. h. die traditionelle, typische Darstellung der Gefühle und Gedanken durch das plastische Medium von Handlungen und Zeichen auf den menschlichen Geist ausübt, ist mannigfaltiger Art. Fesselt sie den poetischen Sinn von der rein ästhetischen Seite durch das plastische und dramatische Element, durch das sie die Vorgänge des Lebens zu verschönern weiß, so den nüchternen, verständigen Sinn von der praktischen Seite durch die Ordnung, Regelmäßigkeit, Gleichmäßigkeit, Sauberkeit des menschlichen Seins und Thuns, und das Gemüth endlich bei allen Vorgängen, bei denen dasselbe betheiligt ist, von der ethischen Seite, indem

ſie daſſelbe mit dem Gefühl des Ernſtes und der Feierlichkeit durchdringt, indem ſie den Handelnden über ſich ſelbſt und das rein Individuelle und Vorübergehende ſeiner eigenen Situation auf die Höhe der allgemein menſchlichen, typiſchen Bedeutung des Akts erhebt, ihn mit denen, die vor ihm da waren und nach ihm ſein werden, in eine unſichtbare Gemeinſchaft bringt.

Dieſe Mannigfaltigkeit der Anknüpfungspunkte, welche die Form dem menſchlichen Geiſte darbietet, iſt maßgebend für die ſpecielle Geſtaltung, die ſie bei den verſchiedenen Völkern und auf den verſchiedenen Culturſtufen ſowohl als auf den verſchiedenen Gebieten, Kreiſen, Sphären des menſchlichen Denkens, Fühlens und Lebens annimmt. Die Formen bei einem Volk von überwiegend verſtändiger Art tragen einen andern Charakter als die bei einem mehr poetiſchen, die des Rechts einen andern als die des religiöſen Cultus. Dazu geſellen ſich ſodann noch gewiſſe der Form an ſich fremde Elemente: der mehr conſervative oder bewegliche Charakter des Volkes oder Kreiſes, bei dem ſie gelten, die äußeren Verhältniſſe deſſelben, die locale Abgeſchiedenheit (z. B. der Bergleute), die abſichtliche Abſperrung deſſelben (z. B. die der Zünfte in den letztverfloſſenen Jahrhunderten) und endlich der Einfluß der Religion (Katholicismus und Calvinismus).

Für die richtige Einſicht in das Weſen und die Motive des Formalismus im höchſten Grade lehrreich iſt eine Erſcheinung, der wir im Folgenden eine nähere Betrachtung widmen wollen; und wenn irgend etwas, ſo legt ſie von der Macht, welche die Form auf das menſchliche Gemüth ausübt, Zeugniß ab. Es iſt dies die Entſtehung, beziehungsweiſe Fortdauer der Formen, die von vornherein aller Bedeutung entbehrten, beziehungsweiſe dieſelbe verloren haben — alſo der reine, nackte Cultus der Form als ſolcher.

In der römiſchen Welt, ſowohl im Recht, als in der Sitte des Lebens und dem religiöſen Ritus, und im heutigen England, begegnet uns häufig eine Art von Formen, die ich reſiduäre

nennen will.[675a]) Die Formbildung erfolgte bei ihnen auf die Weiſe, daß Einrichtungen, Handlungen, Gebräuche oder Elemente derſelben, die bis dahin durchaus keinen formellen Charakter hatten, vielmehr durch die damaligen Zuſtände des Lebens, durch den Stand der Fabrication, des Gewerbes, Landbaus, durch die Mode u. ſ. w. gegeben und geboten waren, für gewiſſe Gelegenheiten und Verhältniſſe als Solennien beibehalten wurden, während ſie im ernſtlichen Gebrauch des Lebens durch den Wechſel der Mode oder durch die Fortſchritte der Technik verdrängt wurden.[675b]) Dadurch wird, was bis dahin keine Form, ſondern ein flüſſiges, freies Stück des damaligen Lebens war, zur reinen Form — ein verſteinertes Stück Vergangenheit, das oft ſeltſam in die ſpätere Zeit hineinragt.[675c]) Der Sprecher des engliſchen Unterhauſes trägt bekanntlich noch bis auf den heutigen Tag ſeine aus früherer Zeit ſtammende gewaltige Perücke; während dieſelbe von den andern Köpfen verſchwand, iſt ſie auf dem ſeinigen als „reſiduäre Perücke" ſitzen geblieben — ein Beiſpiel, zu dem auf dem Continent Hamburg ein Seitenſtück gibt, das ſich ebenfalls für gewiſſe Gelegenheiten z. B. Leichenbegängniſſe die reſiduären Perücken nicht hat nehmen laſſen.

Die älteſte Getreideart, welche die Römer oder ihre Vorfahren bauten, war der Spelt (far), die älteſte Art des Brodes der Teig (puls). Im Leben hatten beide längſt anderen Arten

675a) Rerum simulacra gestarum sacrorum consecratis in ritibus, wie Arnobius adv. gent. V, 1 ſich ausdrückt.

675b) Ebenſo in der Sprache. So haben ſich z. B. im engliſchen Proceß eine Menge von Wendungen und Ausdrücken aus der Normannenzeit erhalten, die man im gewöhnlichen Leben nicht mehr kennt, und noch heutigen Tages muß der Türke die beiden Suren, welche jedem Gebet vorangehen müſſen, in arabiſcher Sprache leſen, von Tornauw Moslemitiſches Recht S. 39.

675c) Dicis gratia propter veteris juris imitationem, wie Gaj. II, 103 mit Bezug auf den familiae emtor ſich ausdrückt, oder wie Cic. de leg. agr. II, 12, 31 mit Bezug auf die repräſentative Darſtellung der Curiatcomitien durch die Lictoren ſagt: ad speciem atque usurpationem vetustatis.

und Zubereitungsweiſen Platz gemacht, allein im religiöſen Ritus und namentlich auch bei Eingehung der Ehe durch Confarreation hielt man an jenen feſt.[675d]) In uralter Zeit hatte man ſich zum Schneiden in Ermangelung von Meſſern und Scheeren des Speeres bedient, und ſo auch der Bräutigam bei Eingehung der Ehe, um der Braut das Haar zu ſchneiden. Ueberall war der Speer gewichen, allein in den Händen des Bräutigams hielt er ſich nach wie vor (hasta caelibaris). Ebenſo verhielt es ſich mit dem Kopftuch der Braut (flammeum). Die Mode kannte längſt beſſere Gewebe, aber die Braut bei der Hochzeit und die Prieſterin durften ſich von der älteſten Form nicht losſagen,[676]) ebenſowenig die Prieſter von wollenen Bekleidungsgegenſtänden[676a]) und bei der Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden mußte der Suchende mit einem Schurzfell älterer Art (linteum) gegürtet ſein.[676b]) Vor Einführung des geprägten Geldes war man gezwungen, das Metall zuzuwägen — durch jene Maßregel ward man deſſen überhoben; allein im Nexum und in der Mancipation behielt man, wenn auch nicht das Wägen ſelbſt, ſo doch das Erz und die Wagſchale bei (§. 46).

In allen dieſen Fällen, die ſich noch durch manche vermehren ließen,[676c]) hatte die Form von vornherein nicht die geringſte

---

675d) Plin. H. N. XVIII, 19. Arnob. VII, 26.

676) Ueber dieſe von den Hochzeitsgebräuchen hergenommenen Beiſpiele vergl. Roßbach Unterſuchungen über die röm. Ehe. S. 104, 282, 291. Ein anderes Beiſpiel bei Plin. Hist. Nat. XXXIII, c. 4 . . quo argumento etiam nunc sponsae muneri ferreus anulus mittitur isque sine gemma.

676a) Serv. ad Aen. XII 120.

676b) Gaj. III 193. Zu ſeiner Zeit war der Ausdruck ſchon obſolet („quid sit autem linteum, quaesitum est"). Im religiöſen Ritus wiederholt ſich das Linteum noch zu Arnobius Zeit, ſ. deſſen Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 272 „linteo et rudi me contectum", p. 276 „linteis intectum").

676c) S. z. B. bei Lange, Ueber die Transitio ad plebem, Leipz. 1864 S. 46 Anm. 2, wo auch auf den rex sacrificulus als „reſiduären Scheinkönig" verwieſen wird. — Eine eigne Art der reſiduären Scheinakte

innere Bedeutung, sie war ein bloßer Niederschlag vergangener Zustände, ein reines Caput mortuum. Was verhalf ihr nun zu diesem Leben als Form? Die bloße Vis inertiä, die Macht der Gewohnheit? Mögen wir immerhin so sagen, aber übersehen wir nur nicht, daß die Macht der Gewohnheit ihrerseits hier wiederum subjectiv eine der Form geneigte Stimmung voraussetzt. Bei einem gleichgültigen Verhalten des Geistes gegen das Moment des Aeußerlichen würde das Alte, nachdem es einmal der Sache nach und in der praktischen Anwendung dem Neuen Platz gemacht, es auch der Form nach gethan haben. Uebrigens ist es sehr wohl möglich, daß die residuären Formen für eine spätere Zeit, der der historische Ursprung derselben entschwunden ist, dadurch daß sie in dieselben einen Sinn hineinträgt, den sie ursprünglich nicht hatten, die Kraft und Bedeutung von symbolischen erhalten, und ich bin überzeugt, daß eine Menge von Formen als symbolische angesehen werden, die von Haus aus nichts waren als residuäre.[677])

Wie nun in den letztern ein Stück Vergangenheit, ganz so wie es war, zur Form versteinert, so wird in andern Fällen, wenn ich so sagen darf, wenigstens die Reminiscenz erhalten, nämlich vermöge repräsentativer Darstellung (s. oben). An Stelle der bisherigen Weise, die man gezwungen ist ganz oder zum Theil zu verlassen, wird eine bequemere, zeitgemäßere Nachbildung gesetzt und zwar lediglich als Form, lediglich des Aeußern wegen — eine Concession, durch die man sich unbeschadet

---

bilden solche Handlungen, welche ursprünglich ganz von dem freien Entschluß abhingen, später aber durch Anordnung ihrer gesetzlich nothwendigen Vornahme d. h. durch Erklärung ihrer materiellen Ueberflüssigkeit in bloße Scheinakte verwandelt wurden. Ein Beispiel aus heutiger Zeit gewähren die Huldigungsakte, Beispiele aus dem römischen Alterthum die lex Publia (Liv. VIII 12), die lex Maenia (Cic. Brutus 14, Liv. I 17, der auch die Bedeutungslosigkeit des Aktes selber hervorhebt: usurpatur idem jus vi adempta), die tutela mulierum der spätern Zeit (Gaj. I 190).

677) So ist z. B. die Auffassung, deren Puchta Curs. der Instit. B. 2 §. 162 Note *m* gedenkt, nicht so weit wegzuwerfen, als er es thut.

der Forderungen des Lebens mit dem an dem Aeußerlichen haftenden Sinn abfindet.

So lange die römiſche Herrſchaft ſich auf ein kleines Stadtgebiet beſchränkte, war es ausführbar, daß bei der Vindication eines Grundſtücks der Prätor ſich mit den Partheien an Ort und Stelle verfügte. Als jenes Gebiet in ſeiner Ausdehnung einen gewiſſen Punkt überſchritten hatte, mußte man die Einrichtung fallen laſſen. Indem man ſich aber einerſeits der Nothwendigkeit fügte, ſuchte man doch andererſeits den Schein und die Erinnerung der alten Einrichtung dadurch aufrecht zu erhalten, daß man das Grundſtück durch eine von den Partheien geholte Scholle vor Gericht repräſentiren ließ. Man ermöglichte dadurch zugleich die Beibehaltung der auf die Anweſenheit des Grundſtücks berechneten Vornahmen und Formeln. Die Arrogation geſchah in alter Zeit in den Curiatcomitien unter der Mitwirkung der Pontifices durch einen förmlichen Volksbeſchluß. Auch dieſe Einrichtung ward ſpäter unhaltbar, und wahrſcheinlich kam ſie einfach dadurch ab, daß das Volk aus Mangel an Intereſſe wegblieb. Bekanntlich wurden von da an die Arrogationen lediglich durch die Pontifices vollzogen — denn daß die Lictoren ihnen gegenüber kein ſelbſtändiges Entſcheidungsrecht hatten, bedarf nicht der Bemerkung — allein da es einmal eines Beſchluſſes der Curiatverſammlung bedurfte, ſo half man ſich dadurch, daß man die 30 Curien durch 30 Lictoren vertreten ließ. Der Sache nach war die alte Einrichtung aufgegeben, aber bis zu einem gewiſſen Grade war doch der äußere Schein derſelben gerettet.[678])

Das Verhältniß, das wir hier zu betrachten haben: die Fortdauer des Aeußern als leere Form nach Abſterben des Innern, iſt ſowohl bei Formen als Einrichtungen möglich. Bei erſteren — nämlich bei ſymboliſchen Formen, die ſich überlebt haben, d. h. die ſubjectiv, ſei es kein Verſtändniß, ſei es keinen Glauben

678) Andere Beiſpiele ſ. B. 1 S. 352 u. oben S. 491; ſ. auch Demalius, die Rechtsfiction S. 1—15.

mehr finden. Bei diesen — wenn sie ihre praktische Wahrheit und Bedeutung verloren haben, z. B. dadurch daß die freie Handlung sich in eine nothwendige verwandelt (Note 676c), daß an die Stelle der Leistung, auf die das Gesetz, der Richterspruch, der Vertrag lautet, in der Ausführung eine andere gesetzt wird,[679] u. s. w. Als letzter Rest der alten Einrichtung bleibt nicht selten das nackte, bloße Wort, die Formel, der Name, ungeachtet die Sache selbst eine völlig andere geworden ist. Der Wein, der in den Tempel der Ops gebracht ward, kam, wie Macrobius berichtet,[680] nicht unter seinem eigenen Namen hinein, sondern als „Milch", das Gefäß ward „Honigtopf" genannt, was darauf hinweist, daß in dem Tempel ursprünglich nur Milch und Honig zugelassen war. In alter Zeit wurden in England die Oberrichterstellen nur mit Lords besetzt, dies änderte sich später, allein der Name und die Anrede: Lord Oberrichter ist bis auf den heutigen Tag geblieben, und auch unsere heutigen Ordensritter haben von den alten Rittern nichts als den Namen.[680a])

Diese Anhänglichkeit an die gewohnte aber aller innern Bedeutung beraubte Form, dieser Cultus der nackten Aeußerlichkeit erscheint auf den ersten Blick als etwas völlig Werthloses und Verwerfliches, und die seichte Weisheit der Aufklärungsperiode hat ihn von den Tagen des Cicero an (Anm. 610) bis auf unsere Zeit hinab als vogelfreien Gegenstand des Witzes betrachtet. Es

679) So z. B. statt der Talion eine Geldstrafe (B. 1 S. 138), statt der Rinder und Schaafe, worauf die Multa lautete, die gesetzlich tarifirte Summe. So wird namentlich auch heutzutage noch an einigen Orten und Ländern (z. B. Schweden) in gewissen Fällen Todesstrafe erkannt, wo praktisch eine unbedeutende Geld- oder Gefängnißstrafe an die Stelle gesetzt wird.

680) Saturn. I, 12. Plin. H. N. XIV 14 Romulum lacte non vino libasse. Auch der Ceres durfte nicht mit Wein libirt werden. Macr. III, 11.

680a) Andere Beispiele: die Beibehaltung des Ausdrucks aedes in den hergebrachten Formeln auch da, wo er nicht paßte (Varro de L. L. V §. 160), des Ausdrucks pascua (Plin. H. N. XVIII 3), die Anwendung des Ausdrucks judices auf die Consuln (Varro VI 88) u. a.

wäre verdienſtlicher geweſen, die Sache zu begreifen, als zu verſpotten. Sie hat eine höchſt ernſte Seite, und ich nehme nicht Anſtand, in ihr eine der bedeutungsvollſten culturhiſtoriſchen Erſcheinungen zu erblicken.

Die Sicherheit und Feſtigkeit eines jeden Fortſchritts beruht auf der hiſtoriſchen Continuität, auf dem innigen Zuſammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit. Zu den Fäden und Anknüpfungspunkten nun, durch die ſich dieſe Continuität vermittelt, gehört namentlich die Form, denn während die innern, ſachlichen, hiſtoriſchen Anknüpfungspunkte dem Bewußtſein der Menge mehr oder weniger entſchwinden und nur einer kleinen Zahl von Kundigen eigentlich geläufig bleiben, ſo iſt die Form als etwas Sichtbares und ſtets ſich Wiederholendes die hauptſächlichſte Trägerin des hiſtoriſchen Continuitätsbewußtſeins des Volks. Je mehr ſich in den Formen irgend eine ſpäterhin verſchwundene Eigenthümlichkeit ihrer Entſtehungszeit ausgeprägt hat, ſei es der Verfaſſung, ſei es der Sitte, Mode u. ſ. w., je fremdartiger ſie alſo den Beſchauer anmuthen und in ihm das Gefühl der hiſtoriſchen Ferne hervorrufen, wie etwa durch längſt abgekommene Trachten und Moden die Bilder der Ahnen, um deſto mehr verbinden ſie ihn andererſeits mit der Vergangenheit, indem ſie ihm dieſelbe in anſchaulicher und charakteriſtiſcher Weiſe vorführen, die Erinnerung der alten Tage, das Gedächtniß der Ahnen im Volk wach und lebendig halten und damit jene maßvolle Stimmung und Haltung in den praktiſchen Fragen der Gegenwart hervorrufen, die wir mit Recht an den alten Römern und Engländern bewundern. Das Feſthalten an den überkommenen Formen, ſelbſt nachdem ſich dieſelben überlebt haben, iſt wie einerſeits ein Ausfluß, ſo andererſeits eine unverſiegbare Quelle jenes hiſtoriſchen Sinns, ohne den in Staat und Kirche noch nie ein feſter Bau gelungen iſt.

Zu dieſem erſten Grunde, der den hiſtoriſchen Sinn die Formen als ſolche lieben, ſchätzen und pflegen lehrt, dieſem, wenn ich ſo ſagen darf, allgemein pädagogiſchen Werth derſelben

für den Volkscharakter gesellt sich sodann als zweiter der erhaltende Einfluß, den die Formen auf die Ideen, Einrichtungen u. s. w. ausüben, die in ihnen ihren äußern Ausdruck finden. Je kräftiger diese ihre Außenseite entwickelt ist, desto höher ihre eigene Lebenskraft. Denn mit den Formen schmiegen und klammern die Ideen und Einrichtungen sich fest an die sinnliche Welt, an die Weise des Lebens, an das Erinnerungsvermögen des Auges, an die Macht der äußeren Gewohnheit. Wird dadurch schon unter gewöhnlichen Umständen ihre Existenz und Kraft gesichert und erhöht, so tritt doch der unschätzbare Werth des Rückhalts, den sie damit gewonnen, erst unter ganz besondern Verhältnissen in sein volles Licht. Für alle Ideen — ich habe im Folgenden vorzugsweise, aber nicht ausschließlich die religiösen im Auge — für alle Ideen also gibt es Perioden der vorübergehenden Lauheit und Gleichgültigkeit, des Ermattens und des Abfalls, Perioden der Prüfung und Gefahr, bei denen es sich für sie um Sein und Nichtsein handelt. Ideen, die rein auf sich selbst gestellt sind d. h. jenes Rückhaltes der Form entbehren, verlieren mit der moralischen Macht über die Gemüther ihre Existenz, sie gehen unter, indem sie dem Volk abhanden kommen, und es kostet, wann die feindliche Strömung der Zeit sich verlaufen, einen neuen Kampf, sie wieder ins Leben zu rufen, eine neue Geburt und neue Geburtswehen. Anders aber bei denjenigen, die sich in festen, äußern Formen verkörpert haben, denn die Form hat, wie alles Niedere im Vergleich zum Höheren, eine zähere Lebenskraft; sie kann, was die Idee nicht kann: vegetiren d. h. fort dauern ohne Verständniß. Als ein gleichgültiges Stück des äußern Lebens beibehalten, nachdem die Idee selbst, die sie ausdrücken soll, gewichen ist, gedankenlos fortgeführt, vegetirt sie fort, innerlich hohl und leer und scheinbar ohne allen Werth. Da erheben sich denn nicht selten die Klugen und Gescheuten und nennen das ganze Wesen Lug und Trug und begehren, daß was verfault und innerlich todt sei, auch begraben werden solle. Aber wo ein Volk jenen Sinn und jene Empfänglichkeit für die Form besitzt, die ich oben als Formsinn bezeichnet habe, läßt es nichts

deſto weniger im richtigen Inſtinct von der als todt geſchmähten Form nicht ſo leicht ab. Und mit Recht! Denn jener angebliche Tod der Form, jene innere Entſeelung derſelben iſt mitunter nur ein Scheintod — ein Winterſchlaf in öder, dürrer Zeit, dem das erſte Wehen des Frühlingshauchs ein Ende macht. Auf der „todten“ Form beruht hier nicht ſelten die Möglichkeit eines neuen Lebens. Sie abzuthun heißt unter dieſen Umſtänden nicht einen entſeelten Körper beſtatten, ſondern die Larve zerſtören, die den Schmetterling in ſich birgt.

In dieſen Lagen alſo, wo die Form ſcheinbar allen und jeden Werth verloren hat, entfaltet ſie umgekehrt ihre höchſte Brauchbarkeit, leiſtet ſie der Idee den unſchätzbarſten Dienſt. Das Fortvegetiren der Form wird hier in den Händen der Geſchichte das ſpecifiſche Mittel, um die Möglichkeit des Wiederanknüpfens, die Continuität der hiſtoriſchen Entwicklung zu ſichern. Möge immerhin in den bei weitem meiſten Fällen was todt ſcheint, auch todt ſein und bleiben, der Geiſt und das Leben nie wieder in die entſeelten Formen zurückkehren — wer die Gefahr, den Scheintod für den Tod anzuſehen, vermeiden will, kann es nur um den Preis, daß er im zweifelhaften Fall den Tod als Scheintod nimmt.

Die bisherige Ausführung hat uns gelehrt — und ich faſſe damit die beiden Theile derſelben unter einen Geſichtspunkt zuſammen — daß das Feſthalten an den Formen als ſolchen nicht etwas rein Aeußerliches und Werthloſes iſt, ſondern ein Ausfluß und weſentliches Förderungsmittel des Zuges nach Continuität der Entwicklung. Darum eben finden wir dieſe Eigenſchaft bei den Völkern am ſtärkſten entwickelt, die ſich durch dieſen Zug am meiſten hervorthun; und ſo namentlich auch beim römiſchen.

2. Der Formalismus des ältern Rechts.

Extensive Erstreckung der Form — Uebersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der ältern Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio.

XLVI. Hätte uns die Geschichte jede directe Auskunft über das Verhalten des ältern Rechts zum Formalismus vorenthalten, die übrigen Theile des römischen Alterthums würden uns die Frage beantworten. Die Lust und Liebe zu der Form, das Streben, das menschliche Thun und Treiben in feste Formen zu bringen, das Unsichtbare sichtbar zu machen, kurz der Zug zum Formalismus geht durch die ganze alte Welt. Der religiöse Cultus, das Opfer, das Gebet, das Gelübde, die Auspicien, kurz jede Berührung mit den Göttern hatte in alter Zeit ihre bestimmten Formen und Formeln. In ebenso abgemessenen und fest bestimmten Formen und Formeln bewegte sich das öffentliche Leben, daheim wie nach außen, in der Volksversammlung wie in der Curie, im Krieg wie im Frieden. Derselbe Zug nach der Form beherrschte das Privatleben, die Sitte des Hauses, das Auftreten in der Gesellschaft, den Verkehr. An dem Kleide, das er trug, erkannte man den Freien und Sklaven, den Mündigen und Unmündigen, den Bewerber um ein Amt, den in Anklagestand Versetzten, den Exilirten,[680a] kurz Rang, Stand und rechtliche Stellung.

Doch die Geschichte hat es uns erspart, uns auf diesem Umwege die Antwort zu holen, und wenn ich der Möglichkeit desselben überhaupt gedachte, so geschah es nur, um auch hier, wie im vorigen Paragraphen, den Formalismus des Rechts in einen höhern Zusammenhang einzureihen und als Glied einer allgemeineren Erscheinung hinzustellen.

Eigenschaften der Völker und Individuen sind in ihrem letzten Grunde gegebene Thatsachen, die man nicht weiter analysiren,

680a) Plin. ep. IV c. 11 carent togae jure quibus aqua et igni interdictum est.

begründen oder erklären kann. Dies schließt aber nicht aus, daß man nicht des Einflusses gedenken dürfte, den gewisse Umstände auf die Ausbildung derselben gewonnen haben, und noch weniger, daß man nicht den Bezügen, in denen diese Eigenschaften untereinander stehen, nachforschen dürfte. Wenn ich daher einerseits die starke Entwicklung des Formsinns als eine hervorstechende national-römische Eigenschaft bezeichnet habe, so hält mich dies andererseits nicht ab in der angegebenen Weise nach Anknüpfungspunkten zu suchen. Und da bieten sich denn folgende dar, deren ich bereits an andern Stellen gedacht habe, und die ich hier nur der Uebersichtlichkeit wegen zusammenstelle: die Beziehung des Formalismus zum System der Freiheit (S. 456), zur Tendenz der abstracten Gleichheit (S. 462), zur militärischen Disciplin (B. 1 S. 264) und zu dem conservativen Charakter des Volks (B. 1 S. 334).

Indem wir nun das Gebiet des ältern Rechts betreten, dürfen wir es thun mit der Erwartung, daß die Herrschaft der Form auf ihm ihren Culminationspunkt erreicht. Und in der That ist dies meiner Ueberzeugung nach in dem Maße der Fall gewesen, daß formlose und rechtlich-bedeutungslose Willenserklärungen synonym waren, m. a. W. ich vindicire der Form für das ältere Recht eine absolute, exclusive Herrschaft.

Diese Behauptung muß darauf gefaßt sein einem hartnäckigen Widerspruch zu begegnen.

Verständigen wir uns zunächst über den Sinn derselben. Es ist nicht meine Meinung, als ob das römische Alterthum nicht von jeher formlose Geschäfte gekannt habe, denen die Gewalten des Lebens, die Macht der Sitte, die Treue, der Credit thatsächliche Anerkennung und Beachtung sicherten. Ich gebe nicht bloß diese Thatsache bereitwillig zu, sondern ich erblicke in ihr sogar ein wesentliches Complement des ältern Rechts selbst. Allein das, worum es sich bei unserer Frage lediglich handelt, ist die rechtliche Wirksamkeit der Geschäfte, ihre gerichtliche Erzwingbarkeit, und ich kann diese läugnen und läugne sie, ohne jene Thatsache in

Abrede zu stellen. Sodann aber muß ich ferner zwei Verhältnisse, die man versucht sein könnte meiner Behauptung entgegenzustellen, als gar nicht hierher gehörig ausscheiden. Zunächst den Besitz. Denn der Besitz als rein thatsächliches Verhältniß schließt seinem Begriff nach die Form aus. Wie er immerhin auch entstanden sein möge, ist gleichgültig; er ist da, und dies genügt. Sodann die Condictionen. Sie stützen sich, wenn man will, ebenfalls auf ein thatsächliches Moment, nämlich auf das rein sachliche (von einer Willensthätigkeit unabhängige) Moment der Vermögensbereicherung ohne Grund. Es ist nicht der Wille, sondern das Haben, die res, welche hier die Klage begründet. Ich würde dieses Verhältnisses gar nicht gedenken, wenn nicht in manchen Fällen der Schein entstände, als ob der Wille hier ein wesentlicher Factor sei. Eine condictio indebiti oder ob causam datorum ist nicht möglich, ohne daß ein Geschäft zwischen Kläger und Beklagten vorausgegangen ist. Aber dies Geschäft ist hier nicht selbständiger Grund der Klage, sondern letzterer besteht in der Bereicherung, die bei Gelegenheit dieses Geschäfts eingetreten ist. Derselben Auffassung läßt sich auch das Darlehn unterstellen. Um die Verpflichtung zur Zurückforderung zu begründen, braucht der Kläger nicht in anderer Weise das Willensmoment hineinzuziehen, als bei jenen beiden Klagen. Es liegt hier wie dort eine Bereicherung vor, vermittelt durch menschliche Thätigkeit, Geben und Annehmen, der juristische Grund der Klage aber ist auch hier nicht sowohl der Wille als die res, und darum gilt das Darlehn trotz allem, was gesagt, doch nicht weiter, als so weit es gegeben ist.

Allein was hilft es, den Besitz und das Darlehn abzuwehren, da nichts desto weniger noch eine stattliche Reihe von formlosen Rechtsgeschäften des ältern Rechts übrig bleibt? Ich will die Antwort darauf zunächst aussetzen und statt dessen den Gegensatz des Formalismus und der Formlosigkeit auf dem Culminationspunkt seiner Entfaltung tabellarisch veranschaulichen. Ich habe bei der folgenden Tabelle die formlosen Geschäfte, die un-

zweifelhaft neuern Urſprunges ſind, von denen, deren Alter zweifelhaft iſt, durch eine beſondere Columne getrennt.

	Formelle Geſchäfte.	Formloſe Geſchäfte.	
	Altes Recht.	Unzweifelhaft neuern Urſprungs.	Zweifelhaften Alters.
Civilproceß.	Legisactionen u. Formularproceß.	Die extraordinaria cognitio. Völliges Verſchwinden des Formularproceſſes (Diocletian).	
Freilaſſungen.	manumissio vindicta, censu, testamento.	inter amicos, per epistolam u. ſ. w. (Prätor, lex Junia Norbana unter Tiber).	
Ehe.	confarreatio.	Concubinat.	angebliche Eingehung derſelben durch bloßen Conſens.
Väterliche Gewalt.	arrogatio, adoptio, emancipatio.		
Manus.	coemptio.		
Mancipium.	mancipatio.		
Vormundſchaft.	tutoris auctoritas.	Conſens des Curators eines Minderjährigen (erſt ſeit der lex Plaetoria denkbar).	
Eigenthum.	mancipatio, in jure cessio.	Tradition einer res mancipi (ſ. g. bonitariſches Eigenthum; Prätor).	Eigenthumserwerb an res nec mancipi durch bloße Tradition.
Servituten.	Dieſelben Akte, wie beim Eigenthum; die operis novi nunciatio.	Tradition (Prätor). pacta atque stipulationes (Provinzen).	
Pfandrecht.	Ebenfalls (fiducia).	Pignus, hypotheca als dingliches Recht (Prätor).	
Obligationen.	Nexum, Verbal- und Literalcontracte.	klagbare Pacta (Prätor, Kaiſer), Ceſſion, Erlaß.	Verträge des jus gentium.
Erbrecht.	Teſtament.	Soldatenteſtament, Codicill (Anfang der Kaiſerzeit).	
	Formeln für ſämmtliche Dispoſitionen deſſelben.	Aufhebung der Formeln (Conſtantins Söhne).	
	Legat.	Fideicommiß (Auguſt).	
	cretio.	Formloſe Antretung. Reſtitution des Univerſalfideicommiſſes (S.C. Trebellianum, Nero).	

Ueber zwei Punkte in dieser Tabelle könnte man mit mir rechten. Zunächst darüber, daß ich das pignus, das doch bis in die älteste Zeit hinaufreicht, nicht unter die erste Columne gebracht habe; der Zusatz: „als dingliches Recht" wird die obige Stellung rechtfertigen; das Vorkommen des pignus als Besitzpfandes im ältern Recht fällt unter den so eben von mir für den Besitz aufgestellten Gesichtspunkt. Sodann darüber, daß ich die formlose Antretung der Erbschaft in die zweite Columne gestellt habe. Ein Zeugniß dafür, daß sie erst der spätern Zeit angehört, gibt es nicht; soll man sie darum in die ältere Zeit verlegen? Kein Theil des ältern Rechts ist so durchweg formalistisch gestaltet als das Erbrecht. Im Testament erreicht die Form und das Formelwesen seine höchste Höhe. Zu glauben, daß dem im strengsten Styl gehaltenen ersten Akt des erbrechtlichen Schauspieles: der Testamentserrichtung als zweiter eine völlig formlose Antretung der Erbschaft gefolgt sei, zu glauben, daß die Juristen dabei sich selbst und ihre ganze Weise, ihren Sinn für Symmetrie so ganz und gar verläugnet hätten, dazu würde ein gänzlicher Mangel alles historischen Sinns und Urtheils gehören. Daß ein römischer Jurist die hereditatis aditio unter den actus legitimi aufführt,[681]) will ich nicht in die Wagschale werfen, denn es steht dahin, ob die Verfasser der Pandekten hier nicht, wie so oft, einen nicht mehr passenden Ausdruck des früheren Rechts (cretio) mit einem passenderen vertauscht haben.

Aus der obigen Tabelle ergibt sich nun folgendes Resultat. Alle Geschäfte, die unzweifelhaft dem ältern Recht angehören, sind formell, alle, die dem neuern angehören, formlos oder m. a. W. der Zug der frühern Zeit geht eben so entschieden auf die Form als der der spätern auf die Formlosigkeit. Je mehr das römische Recht fortschreitet, desto mehr nehmen einerseits die formlosen Geschäfte an Zahl und Bedeutung zu, und desto mehr sterben die vorhandenen formellen innerlich ab. Nur das Familienrecht

681) L. 77 de R. J. (50. 17).

bleibt, abgesehen von der angeblichen Formlosigkeit der Ehe, von dem Gegensatz vollständig verschont, die Einwirkung der neuern Zeit äußert sich hier lediglich in Erleichterung und Abkürzung der vorhandenen Formen, bis sie schließlich völlig neuen weichen. Die Reaction der spätern Kaiserzeit gegen das alles überfluthende Princip der Formlosigkeit und die Zurückführung des letzteren auf sein rechtes Maß (Codicill, pignus publicum, instrumenta publica, Insinuation, Formen der Freilassung u. s. w.) hatte für den Zweck, den ich mit jener Tabelle verfolgen wollte, keinen Werth und bleibt dem dritten System vorbehalten.

Dieser Zweck aber, um es offen zu bekennen, besteht darin, den Leser zu stimmen. Ich wünsche, ihn von vornherein auf einen Standpunkt der Betrachtung zu versetzen, der ihn meiner Ansicht zugänglich macht, ihn zu veranlassen, seinen Blick von dem Einzelnen zu dem Ganzen und Großen zu erheben. Dieser Blick muß ihm die Ueberzeugung gewähren, daß es sich bei der allmähligen Entfaltung des obigen Gegensatzes um ein historisches Gesetz handelt, um einen stetigen Fortschritt von der Form zur Formlosigkeit.

Erstreckt sich dies Gesetz nun auch rückwärts, m. a. W. hat dieser Fortschritt mit dem Nullpunkt begonnen, gab es eine Zeit, wo die Geschäfte der dritten Columne noch gar nicht existirten? Wer könnte eine solche Frage unterdrücken? Ich meinerseits nehme nun, wie bereits bemerkt, keinen Anstand, diese Frage zu bejahen. Der Nachweis dieser Behauptung mit seinen nothwendigerweise in das reichste Detail gehenden Untersuchungen würde jedoch aus dem Rahmen der gegenwärtigen Darstellung zu weit hinaustreten und den ganzen Zusammenhang unterbrechen, und habe ich aus dem Grunde denselben an eine Stelle verlegt, an der er durch derartige Rücksichten nicht beeinträchtigt wird (B. 3 Abth. 2). Die vorläufige Aussetzung dieses Punktes hat auf die folgende Darstellung keinen weitern Einfluß.

Es würde mir jetzt zunächst obliegen, die sämmtlichen formellen Geschäfte des ältern Rechts im Einzelnen dem Leser vor-

zuführen. Wenn ich dies nicht thue, mich vielmehr auf eine flüchtige Uebersicht derselben beschränke und nur drei von ihnen zur nähern Betrachtung verstelle, so geschieht es theils, weil diese Seite unseres Gegenstandes zu den bekanntesten Dingen gehört, und das nöthige Material in jedem Compendium der Rechtsgeschichte und Institutionen zu finden ist, theils aber, um für eine andere Seite desselben, der sich ein Gleiches nicht nachrühmen läßt, um so mehr Raum zu gewinnen. Ueber dem Concreten, der Aeußerlichkeit der einzelnen Formen, hat unsere positive Rechtsgeschichte auch hier einmal wieder das Abstracte, die Ermittlung der ihnen zu Grunde liegenden gemeinsamen Ideen versäumt; ob sich ihr Versäumniß hier minder gerächt hat als anderwärts, ob sie hier auch nur einmal den Sinn des Einzelnen überall richtig getroffen, möge der Verlauf der Darstellung zeigen. Diesem Mangel durch eine auf dem Wege einer Analyse der römischen Formen zu gewinnende Theorie des römischen Formenwesens abzuhelfen, ist Aufgabe der folgenden Paragraphen, die des gegenwärtigen ist so eben angegeben.

Die formellen Geschäfte des ältern Rechts lassen sich am natürlichsten nach der Kategorie der mitwirkenden Personen gruppiren, und darnach gewinnen wir folgende Classen derselben:

1. Mitwirkung des Volks, Testamentum in comitiis calatis und arrogatio; im Felde Mitwirkung des Heeres: testamentum in procinctu und adoptio pro concione [681a]);
2. Mitwirkung der weltlichen Behörden; vor dem Censor: die manumissio censu (vielleicht auch Uebertragung des Eigenthums durch Umschreibung); vor dem Prätor: die sämmtlichen legis actiones des Processes mit Ausnahme

---

681a) Ueber letztere, regelmäßig übersehene Form s. Sueton Galba c. 17, 18. perduxit in castra ac pro concione adoptavit.

der pignoris capio; die der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Form der in jure cessio (manumissio vindicta, in adoptionem datio, emancipatio, cessio der tutela und der hereditas legitima).

3. Mitwirkung geiſtlicher Behörden namentlich der Pontifices; bei eigentlichen Civilgeſchäften, wie es ſcheint, nur in Verbindung mit dem Volk (testamentum, arrogatio) oder Zeugen (confarreatio).
4. Mitwirkung von Zeugen,[682] und zwar von 10 (confarreatio), 5 (nexum, mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram) und ohne Angabe der Zahl bei der cretio.[682a] Ueber die Zuziehung derſelben zu proceſſualiſchen Handlungen iſt nicht viel bekannt, es gehören hierher der Zeuge bei der in jus vocatio, die Zeugen bei der Litis contestatio und bei dem Scheingang auf das vindicirte Grundſtück (ex jure manum consertum vocare), hier superstites genannt.
5. Geſchäfte ohne Mitwirkung anderer Perſonen als der Partheien. Das hauptſächlichſte Anwendungsgebiet dieſer Form iſt das Obligationenrecht (Verbal- und Literalcon-

682) Wegen der weiten Ausdehnung des Zeugengeſchäfts war die Strafe der Unfähigkeit zu demſelben eine der ſchwerſten, die das Recht verhängen konnte. Der „intestabilis" war nicht bloß unfähig bei einem ſolchen Geſchäft als Zeuge zu fungiren, ſondern auch, es in eigner Perſon vorzunehmen, und da auch im Proceß Zeugen aufgerufen werden mußten, war er wahrſcheinlich inſoweit auch unfähig, proceſſualiſche Handlungen mit Erfolg vorzunehmen. Liegt in Plautus Curc. V, 2. 24 eine Andeutung darauf? Es wird hier Jemand aufgerufen, als Zeuge bei einer in jus vocatio zu dienen, und da er ſich weigert, ſtößt der Andere den Fluch gegen ihn aus: Jupiter te male disperdat, intestatus vivito d. h. doch wohl nur: möge es Dir ebenſo gehen, und Dir Niemand (unter andern auch zu einer in jus vocatio) Zeugniß gewähren. Im neuern Recht hat der Begriff der Inteſtabilität aber jedenfalls eine engere Bedeutung erhalten.

682a) Varro de L. L. VI §. 81 . . cernito i. e. facito videant te esse heredem itaque in cretione adhibere jubent testes. Cicero ad Attic. XIII 46 liberam cretionem testibus praesentibus.

tract. Die tutoris auctoritas schließt sich jeder andern Form an, läßt sich also nicht als selbständige Form betrachten, und die öffentliche Bekanntmachung (palam praedicere), wie sie z. B. bei Annahme von Bürgen[683]) vorgeschrieben war, sowie die öffentliche Vorführung des verurtheilten Schuldners gehört ebenso wenig hierher. Dagegen ist eine Classe von Geschäften hier absichtlich übergangen, es sind dies die, welche der Staat mit den Privaten abschließt; das Eigenthümliche derselben kann erst an einer andern Stelle (B. 3 Abth. 2) ins rechte Licht gesetzt werden.

Aus jener Zusammenstellung ergibt sich, daß die Zahl der selbständigen Formen des ältern Rechts nicht gerade groß war. Die weitaus bedeutendste Stelle unter ihnen nehmen die mancipatio, in jure cessio und stipulatio ein. Denn während die übrigen sich auf einzelne bestimmte Geschäfte beschränken, so sind sie gewissermaßen abstracte, der mannigfachsten Anwendung fähige Grundformen, und gerade auf dieser ihrer ausgedehnten Brauchbarkeit beruht es, daß das ältere Recht mit verhältnißmäßig so wenig Formen ausreichte — ein Vorzug, auf den ich nach meinen früheren Ausführungen (S. 466) nicht wieder zurückzukommen brauche. Wir wollen diese drei Geschäfte einer nähern Betrachtung unterziehen.

Bei allen dreien spielt ein Begriff eine große Rolle, den wir bisher noch keine Gelegenheit gefunden haben genauer zu erörtern, der des Scheingeschäfts. Die mancipatio wird uns als „imaginaria venditio" charakterisirt;[684]) in dem testamentum per aes et libram wird sogar die mancipatio selber wieder „dicis causa" verwandt — das Scheingeschäft zur zweiten Potenz erhoben! Die in jure cessio war eine Scheinvindication. Die Stipulation war zwar kein Scheingeschäft, aber in der

683) Gaj. III, 123.
684) Gaj. I, 119. Ulp. XX, 1.

sponsio praejudicialis des römischen Processes functionirte auch sie als solches, und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir uns über einen Begriff, dem wir hier bei jedem Schritt und Tritt begegnen, vorher verständigen.

„Zum Scheine handeln" (dicis causa) bildet den Gegensatz zum „ernstlichen Handeln", es ist ein äußeres Handeln, Reden, dem die innere Absicht nicht entspricht, es ist also ein Begriff, der auf jedes Handeln, nicht bloß das juristische Anwendung findet. Bei dem Rechtsgeschäft besteht der Mangel der innern Absicht in der intendirten Ausschließung der an dasselbe geknüpften rechtlichen Wirkungen — ein Erfolg, der nur durch Einverständniß mit der Gegenparthei möglich ist. Hierauf beruht der Begriff des simulirten Rechtsgeschäfts. Ein Beispiel gewährt die Einkleidung einer Schenkung in die Form eines Kaufes. Nicht zu verwechseln mit demselben ist ein Verhältniß, das mit ihm auf den ersten Blick große Aehnlichkeit hat, nämlich die Eingehung eines Rechtsgeschäfts lediglich in der Absicht, um einzelne vielleicht ganz secundäre Wirkungen desselben zu erzielen.[684a]) Als Licinius Stolo seinen Sohn emancipirte, um den Bestimmungen seines eigenen Gesetzes, der lex Licinia de modo agri, zu entgehen (S. 453), nahm er kein Scheingeschäft im juristischen Sinn vor, denn der Sohn war und blieb frei. Es fehlte dem Genannten nicht an dem für die juristische Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wohl aber an der ächten, ethischen Gesinnung; er nahm die Emancipation nicht ihrer selbst willen vor, sondern wegen secundärer daran geknüpfter Vortheile, es war ein sittlicher Mißbrauch des Familienverhältnisses zum Zweck der Umgehung seines eigenen Gesetzes, und darum ward er, obschon vor dem Gesetz nicht schuldig, doch von dem souveränen Volk verurtheilt.

Von dem simulirten Geschäft unterscheide ich das

684a) Eine eingehendere Behandlung dieses Verhältnisses s. B. 3. §. 57.

Scheingeschäft im technischen Sinn — ein Unterschied, auf den ich §. 58 genauer werde zurückkommen müssen, und der nur kurz angedeutet werden mag. Das simulirte Geschäft ist rein das Werk der Partheien, es erschöpft seine Wirksamkeit, insoweit derselben kein rechtliches Hinderniß im Wege steht, an dem einzelnen Fall, ist also ganz vorübergehender Art. Das Scheingeschäft dagegen war eine Schöpfung des Verkehrs oder der Jurisprudenz, es war eine recipirte Geschäftsform. Historisch mag es aus dem simulirten Geschäft hervorgegangen, öfters das Scheingeschäft der gewohnheitsrechtliche Niederschlag von zur Regel gewordenen und von der Rechtsprechung geduldeten simulirten Geschäften sein. Manche dieser Geschäftsformen mögen aber auch von vornherein von den römischen Juristen als solche erfunden und eingeführt worden sein. In dem einen wie in dem andern Fall verdankte das Scheingeschäft seine Einführung einem bestimmten praktischen Zweck, es war etwas absichtlich Gemachtes, es war als Scheingeschäft, wenn ich so sagen darf, zur Welt gekommen. Im Gegensatz zu den residuären Scheingeschäften, welche nur das Caput mortuum früherer ernstlicher Akte sind, lediglich der historischen Vis inertiä ihren Fortbestand verdanken, keine praktischen Zwecke verfolgen, sondern bloß eine historische Reminiscenz wach erhalten, wollen wir jene Art der Scheingeschäfte als originäre bezeichnen.

Das Scheingeschäft enthielt für die ältere Jurisprudenz ein eigenthümliches Problem. Einerseits nämlich sollte der Schein doch wirklich vorhanden sein. Der zu erreichende Erfolg durfte dem äußern Hergang nicht geradezu Hohn sprechen, man mußte das äußere Dekorum bis zu einem gewissen Grade wahren — kurz wie bei jeder Comödie durfte auch bei dieser juristischen die Illusion nicht gänzlich fehlen. Der Einfluß, den die Jurisprudenz dieser Rücksicht zugestand, tritt in manchen Spuren unverkennbar hervor. Ich werde einige derselben mittheilen. Zunächst verstand es sich wohl von selbst, daß das Geschäft sich nicht selbst als Scheingeschäft bezeichnen durfte. Bei der sponsio praejudi-

cialis[685]) ſollte die Summe nicht wirklich ausgezahlt werden. Allein geſagt werden durfte dies nicht — Stipulation und Urtheil lauteten auf Verpflichtung zur Zahlung. Zur mehrern Sicherheit aber hätte man ja die Summe auf ein As oder Seſterz ſtellen können, wie es z. B. bei Scheinverkäufen (venditiones nummo uno) üblich war. Allein auch dadurch wäre der Scheincharakter des ganzen Geſchäfts wieder zu ſehr markirt worden; man griff eine höhere Summe, bei Centumviralgerichts-Sachen 125 Seſterzien, bei gewöhnlichen 25.[686])

Wenn eine mancipatio, coemptio, in jure cessio fiduciae causa vorgenommen ward, ſo ſollte der Empfänger die Perſon oder Sache nicht wirklich haben und behalten, wie in andern Fällen, ſondern ſie je nach getroffener Vereinbarung reſtituiren. Allein dieſe Vereinbarung hatte in dem Geſchäft ſelber (in der nuncupatio) keinen Platz, ſie widerſprach dem eigentlichen Zweck deſſelben; der einfachnatürlichen Vorſtellungsweiſe wollte es nicht in den Sinn, daß man erwerbe, wenn man den Erwerb nicht behalten ſolle. Die Verabredung konnte alſo, wie bei der sponsio praejudicialis, und wie auch heutzutage bei jedem ſimulirten Geſchäft nur nebenbei d. h. außerhalb des eigentlichen Geſchäfts getroffen werden.[687]) Darauf beruht der Begriff der fiducia

---

685) Um über irgend eine Frage z. B. ob Jemand der nächſte Verwandte, Eigenthümer ſei, dies oder jenes gethan habe u. ſ. w. einen richterlichen Ausſpruch zu erwirken, ſchloß man eine Stipulation ab, worin der Eine dem Andern unter der Bedingung, daß die (zur richterlichen Unterſuchung verſtellte) Thatſache wahr ſei, eine beliebige Summe verſprach. Dieſe Summe ward eingeklagt und dadurch der Richter gezwungen die Bedingung zu unterſuchen und mittelbar, indem er den Beklagten verurtheilte oder freiſprach, über das Daſein oder Nichtdaſein der Thatſache zu entſcheiden; aber die Summe ward hinterher nicht eingefordert. Was man hier wollte, ſagte man nicht, und was man ſagte, wollte man nicht. Gaj. IV, 93. 94. ſ. oben S. 79, 80. Keller Civilproceß §. 25, 26.

686) Gaj. IV, 93. 95. Die Fixirung bei den Centumviralgerichtsſachen hing mit der Sacramentsſumme zuſammen (Gaj. IV, 14).

687) Beſonders ſchlagend tritt dies hervor bei der in jure cessio. Wo hätte hier in der Vindicationsformel der Nebenvertrag ſtehen ſollen? Welche

oder des fiduciae causa abgeschlossenen Geschäfts. So erklärt es sich, daß die fiducia nur eine bonae fidei actio erzeugte, ungeachtet jene Geschäfte selbst dem strictum jus angehörten. Hätte diese Nebenberedung einen integrirenden Bestandtheil derselben gebildet, so würde die in den XII Tafeln ausgesprochene Anerkennung aller Nebenberedungen (Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto) sich auch auf sie erstreckt haben. Eben aus diesem Grunde aber theilte die fiducia Jahrhunderte lang das Schicksal aller andern Verhältnisse der bona fides d. h. ihre Wirksamkeit beruhte lediglich auf der fides des Gegners, beziehungsweise wie bei einigen andern derselben auf der Furcht desselben vor der im Fall der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie; das Recht gab aus derselben keine Klage. [687a]) So erklärt es sich ferner, warum die fiducia auf die solennen Rechtsgeschäfte beschränkt war, ungeachtet Verträge desselben Inhalts ebensowohl bei der Tradition vorkommen konnten. Bei letzterer fiel das in der Form gelegene Hinderniß hinweg, sie hatten, soweit sie juristisch möglich waren, Platz im Geschäft selbst und bildeten nicht einen Vertrag neben demselben, sondern einen integrirenden Bestandtheil des Geschäfts selber. [688])

---

juristische Monstrosität wäre darin zum Vorschein gekommen! Für die mancipatio steht die Sache um nichts anders, und es ist keine bloße Vergessenheit, wenn Gaj. I, 132 bei Beschreibung der dreimaligen Mancipation des Sohnes das pactum fiduciae gar nicht erwähnt; es trat ja im Akt selbst gar nicht hervor. Das Kriterium des fiduciae causa geschlossenen Geschäfts lag lediglich in seinem Zweck, nicht in der Form, daher auch die Bezeichnung desselben nach diesem Moment: fiduciae causa mancipare, coemtionem facere u. s. w. Hieraus ergibt sich, wie derartige Wendungen, wie res mancipatur, ut eam mancipanti remancipet (Boethius ad Cic. Top. c. 10. Orelli p. 340) quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur (Gaj. I, 140) zu verstehen sind.

687a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867. S. 29—36.

688) Die im Text gegebene Deutung ist von den Römern selbst nirgends ausdrücklich ausgesprochen, sie gehört zu den Dingen, die man nur finden kann, wenn man zwischen den Zeilen liest. Die herrschende Ansicht

Einen fernern Ausfluß des obigen Geſichtspunkts finde ich in einer Erſcheinung, die ſich auf andere Weiſe ſchwerlich wird erklären laſſen. Es geht aus verſchiedenen Andeutungen hervor, daß das als Durchgangsſtadium für gewiſſe Zwecke, alſo Scheines halber benutzte Verhältniß des mancipium und der manus [689]) nicht, wie man geneigt ſein könnte zu glauben, regelmäßig bloß einen Moment beſtanden, ſondern ſich über eine gewiſſe Zeit, über deren Kürze oder Länge wir nichts weiteres wiſſen, ausdehnen konnte. [690]) Da nun dies Durchgangsverhältniß ein reines Mittel zum Zweck war, ſo läßt ſich durchaus nicht begreifen, aus welchem praktiſchen Grunde man demſelben irgend welche Dauer hätte einräumen, und warum man nicht vielmehr z. B. die Emancipation eines Sohnes mit ihren dreimaligen Mancipationen und Freilaſſungen im Lauf eines einzigen Tages hätte beſchaffen ſollen. Allein ſo ſehr es ſich hier auch nur um Schein-Akte und Schein-Verhältniſſe handelte, ſo durften doch ſelbſt ſie nicht in eine reine Farce ausarten; es lag in der römiſchen Weiſe, auch eine Comödie mit einem gewiſſen Ernſt und

---

macht die Nebenberedung zu einem Beſtandtheil des Geſchäfts ſelber, ſo z. B. Huſchke, Recht des Nexum S. 76 „weil dies Geſchäft (fiducia) auf Mancipation beruhte“ und S. 117 „er gab das Grundſtück zur fiducia mit der nuncupatio“; Dernburg Pfandrecht I S. 9.

689) Das erſtere zum Zweck der in adoptionem datio und emancipatio (Gaj. I, 132), das letztere mit ſpäterem mancipium und Freilaſſung aus demſelben 1. zum Zweck des Wechſels der tutores legitimi (Gaj. I, 115); 2. zur Erlangung der Teſtirfähigkeit (Gaj. I, 115[a]); 3. zur Befreiung von den sacris (Cic. pro Murena c. 12). B. 3 §. 58.

690 S. z. B. Gaj. I, 135 . . . : qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est. Der §. 115[b] hätte ſonſt gar keinen Sinn, ebenſo §. 118 . . nec ob id filiae loci sit; ferner §. 132 . . etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii, und noch weniger die Bemerkung: sed in usu est eidem mancipari und die Wiederholung derſelben in Anwendung auf die dritte Mancipation. S. auch Gaj. II, 41. Darauf ſcheinen auch die „circumductiones inextricabiles“ hin zu deuten, welche Juſtinian in L. 8 Cod. de emanc. (8. 49) an dem Ritual der Emancipation auszuſetzen hat.

Anstand aufzuführen, jenen Schein-Verhältnissen also eine gewisse reale Existenz einzuräumen.[691])

Wie rücksichtlich der äußern Form, so mußte man auch rücksichtlich der innern juristischen Natur des zum Scheingeschäft verwandten Geschäfts eine gewisse Rücksicht beobachten. So konnte man z. B. die in jure cessio nicht auf Verhältnisse anwenden, bei denen eine Vindication undenkbar war, noch auch sie auf Peregrinen ausdehnen.[691a]) In einem Fall allerdings wage ich nicht zu behaupten, daß diese Gränzen inne gehalten sind, nämlich bei dem testam. per aes et libram. Eine Mancipation, die das gesammte Vermögen übertragen sollte mit Schulden und Forderungen, und die es noch dazu nicht sofort und unwiderruflich, sondern erst in der Zukunft und unter einer (stillschweigenden) Bedingung thun sollte, und aus der ferner dritte Personen, die Legatare, Rechte ableiten konnten — ein solches Geschäft war keine mancipatio mehr, sondern in der That etwas völlig Anderes geworden.

Aber eben dieses Beispiel ist recht geeignet, uns die Eigenthümlichkeit der Lage, in der sich die Jurisprudenz bei der Gestaltung des Scheingeschäfts befand, zu veranschaulichen. Der obigen Rücksicht stand auf der andern Seite eine ungleich dringlichere, die auf den praktischen Zweck des Rechtsgeschäfts gegenüber. Man konnte letzteren nicht der bloßen Form zum Opfer bringen, sich nicht Consequenzen derselben gefallen lassen, die mit dem beabsichtigten Zweck des Geschäfts selbst im Widerspruch standen. So galt es hier denn möglichst zwischen Form und Inhalt zu vermitteln d. h. soweit dies ohne wesentliche Gefährdung wich-

691) Beobachtet man doch auch heutzutage bei dem unvermeidlichen Avancement eines Prinzen vom gemeinen Soldaten zum General gewisse Zwischenräume, ungeachtet die Mittelstufen auch hier keine ernstere Bedeutung haben als bei der Emancipation eines römischen Haussohns, und zur Noth ebenfalls in einen Tag zusammengedrängt werden könnten. Daß letzteres in der That in späterer Zeit möglich war, zeigt Paul. S. R. II 25 §. 2.

691a) Gaj. II 65 . . in jure cessionis jus proprium est civium romanorum.

tigerer Interessen möglich war, die Form, darüber hinaus aber die Sache dominiren zu lassen.

Dieses eigenthümliche Transactionssystem zwischen dem formal technischen und dem praktischen Interesse läßt sich aus den uns erhaltenen Beispielen von Scheingeschäften des ältern Rechts mit Sicherheit erkennen.

Zunächst zwei Beispiele, wo die Form den Sieg davontrug. Personen in der Gewalt konnten ihrem Herrn durch Rechtsgeschäft keine Personal- und Urbanalservituten erwerben, wohl aber Rusticalservituten.[692] Ein seltsamer Satz! Besäßen wir nicht die Lösung des Räthsels, vergebens würden wir uns an demselben abmühen, denn vom Standpunkt des materiellen Rechts aus ist der Satz schlechterdings nicht begreiflich. Die Lösung liegt in Folgendem. Rusticalservituten waren res mancipi, Urbanalservituten res nec mancipi, jene konnten durch mancipatio, diese nur durch in jure cessio erworben werden, jenen Akt konnten auch Personen in der Gewalt vornehmen,[693] diesen nicht. Warum nicht? Weil er eine Scheinvindication war, die Vindication aber für diese Personen, da sie nichts Eignes haben konnten, eine Unmöglichkeit enthielt. Ganz consequent vom Standpunkt der Form aus, allein dem materiellen Wesen des Rechtsgeschäfts als eines Erwerbsaktes durchaus nicht entsprechend. So kam das wunderliche Resultat heraus, daß jene Personen ihrem Herrn

692) L. 12 de Serv. (8. 1) Vat. fr. §. 51.

693) Gaj. II §. 87. 167. Vat. fr. §. 51. — Mußten sie die dabei zu sprechenden Worte auf den Herrn stellen? Daß es möglich war und zwar mit individueller Bezeichnung desselben („nomen adjectum"), zeigt der citirte §. 167 von Gajus. Als Gegensatz zu dieser individuellen Bezeichnung können wir uns ebensowohl die Stellung der Formel auf den Herrn mit abstracter Bezeichnung desselben (ajo rem domini esse) als auf den Sprechenden selbst (ajo rem meam esse) denken. Letztere Fassung hätte eine Ungenauigkeit oder richtiger Unwahrheit enthalten, denn cum istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil (suum esse) in jure vindicare possint Gaj. II, 96 und können wir hinzusetzen: ut nihil suo nomine mancipio accipere possint.

durch letztwillige Verfügung eines Dritten auch diese Rechte erwerben konnten,[694] nicht aber durch Rechtsgeschäft; daß sie Erbschaften für ihn antreten, Landgüter und alle möglichen Sachen und auch die wichtigsten der Servituten ihm verschaffen konnten, nicht aber die minder wichtigen derselben. Eben darin aber, daß es minder wichtige Rechte waren, mag der Grund gelegen haben, daß man hier von dem, was die Consequenz der Form mit sich brachte, nicht abging.

Das zweite Beispiel ist folgendes. Bei dem Testament durften alle mit dem familiae emtor durch das Band der väterlichen Gewalt verbundenen Personen (Söhne, Brüder, Vater) nicht als Zeugen fungiren,[695] wohl aber die eingesetzten Erben und Legatare und alle ihnen in derselben Weise verbundenen Personen.[696] Warum? Das Testament war formell ein Geschäft zwischen Testator und familiae emtor. Ursprünglich, so lange man noch dem Erben selbst die Familia mancipirte, hatte der Satz Sinn, allein als dies aufhörte, ward er wahrhaft sinnlos und zwar nach beiden Seiten hin. Nach Seiten des familiae emtor — denn welches Interesse hatte er am Testament, welches das Zeugniß seiner Verwandten hätte verdächtigen können? Nach Seiten des Erben — denn bei ihm lag umgekehrt ein solches Interesse vor. Man hatte also der Form zu Liebe das wahre Verhältniß völlig verschoben, den an sich richtigen Begriff des domesticum testimonium durch verkehrte Anwendung um allen Werth gebracht.[697]

694) Vat. fragm. §. 51.

695) Gaj. II §. 105, 106: domesticum testimonium. Ulp. XX §. 3—5.

696) Gaj. II, 108. Cic. pro Milone c. 18. Wenn Ulpian in l. 20 pr. qui test. (28. 1) den Erben ausschließt, so stimmt dies nicht zu der Art, wie er in seinen Fragmenten XX 3—5 über die Frage sich äußert, und die Ansicht, welche die Stelle für interpolirt erklärt (Glück Commentar B. 34 S. 245), hat daher einen guten Grund.

697) Der Tadel, den Justinian in §. 10 I. de test. ord. (2. 10) darüber ausspricht, daß das ganze Recht hier auf den Kopf gestellt worden sei (totum jus conturbatum erat) war daher ganz treffend.

In der erſten Richtung knüpfte ſich freilich an dieſen Mißgriff kein irgendwie erhebliches Intereſſe, man fand Zeugen genug, um jene Beſchränkung nicht zu fühlen; die Conceſſion, die man hier der Form machte, war alſo durchaus harmloſer Natur. Ganz anders jedoch in der zweiten Richtung, denn wenn irgend Jemand, ſo mußten gerade die genannten Perſonen ausgeſchloſſen werden. Die römiſche Jurisprudenz befand ſich hier in der Verlegenheit, welche die heutige freilich auch oft genug empfindet — oder ſoll ich ſagen? nicht empfindet — einen Rechtsſatz lehren zu müſſen, gegen den ihr geſundes Gefühl ſich auflehnte. Sie ſuchte ſich dadurch zu helfen, daß ſie gegen die wirkliche praktiſche Benutzung deſſelben aufs angelegentlichſte warnte.[698])

Während nun dieſe beiden Beiſpiele der Anſicht Raum geben könnten, als ob die ältere Jurisprudenz bei dem Scheingeſchäft ſich rückſichtslos an die Conſequenz der Form gehalten hätte, werden die folgenden ſie gegen dieſen Vorwurf ſicher ſtellen und uns die Ueberzeugung gewähren, daß ſie auch hier denſelben Charakterzug, wie bei der Interpretation der Geſetze (S. 448), bewährt hat, nämlich daß ſie die Form beziehungsweiſe den Buchſtaben reſpectirte, ſo lange kein ernſteres praktiſches Intereſſe zur Frage ſtand, entgegengeſetzten Falls aber ſich von ihnen losſagte.

Wollte man ſich bei der Theorie der in jure cessio ſtreng an das Vorbild der Vindication halten, ſo mußte man ſie in allen Fällen geſtatten, wo letztere Statt fand. Allein der Spielraum, den man der in jure cessio gönnte, war ungleich enger; nicht die abſtracte Conſequenz, ſondern die Erwägung des wahren Bedürfniſſes hatte ihn abgeſteckt. Eine Erbſchaft vindiciren konnte der teſtamentariſche Erbe ſo gut als der Inteſtat-Erbe; ſie mit voller Wirkung in jure cediren nur der heres legitimus, und dies auch nur vor geſchehener Antretung.[699]) Die Tutel vindiciren

698) So Gaj. II §. 108 sed tamen ... minime hoc jure uti debemus.
699) Gaj. II, 34—36.

konnte jeder Tutor; sie cediren nur der tutor legitimus einer Frau.[700])

Die wirkliche Manus verschaffte dem Manne das gesammte Vermögen der Frau und letzterer ein Erbrecht an seinem Nachlaß, beides fiel bei der Scheinmanus hinweg,[701]) es sei denn, daß dieselbe mit dem Manne selbst eingegangen war;[702]) das eine so angemessen, wie das andere. Das ernstlich vom Vater verkaufte Kind ward mit Ablauf der Censusperiode frei (S. 174), das zum Schein verkaufte mußte ihm zurück mancipirt werden.[703]) Eine Sache, die man ernstlich mancipirt oder in jure cedirt hatte, konnte man nicht ohne Titel usucapiren, wohl aber diejenige, welche man fiduciae causa veräußert hatte.[704]) Eine Frau konnte Zahlung annehmen ohne tutoris auctoritas, nicht aber acceptiliren, obschon doch die acceptilatio als imaginaria solutio galt.[704a])

Ich wende mich jetzt den drei oben bezeichneten Rechtsgeschäften zu.

Die mancipatio, der solenne Verkauf[705]) einer res mancipi per aes et libram, beruht auf der gleichzeitigen Darstellung der beiden Elemente des Kaufs: der Leistung der Sache und der Zahlung des Kaufpreises, und zwar ist diese Darstellung in der Gestalt, in der uns diese Form überliefert ist, nach beiden Seiten hin zu einer bloßen Förmlichkeit geworden. Die Zahlung — denn das äußere Gepränge derselben: die Wagschale mit dem libripens, der sie hält, deutet auf die Vornahme derselben in

700) Gaj. I, 168. Ulp. XI, 6. 8. 17. Die tutela cessitia ist auch im übrigen ein redendes Zeugniß für die Behauptung im Text, s. Ulp. XI, 7.

701) Ueber jenes Gaj. II, 98, über dieses Gaj. I, 118 verb. nec ob id filiae loco sit und 115b.

702) Gaj. I, 115b.

703) Gaj. I, 140.

704) Gaj. II, 59, 68.

704a) Gaj. III, 171. Ein anderes Beispiel folgt S. 528.

705) Gaj. I, 119 imaginaria venditio. Plin. H. N. XXXIII, 13 in his emtionibus quae mancipi sunt.

ältester Gestalt durch Zuwägen hin; an die Stelle desselben ist im Mancipationsritual das Schlagen der Wagschale mit einem Stücke Erz oder mit einer Kupfermünze [705a]) getreten. Ob außerdem, sei es vorher oder nachher, eine wirkliche oder, wie bei der Schenkung, gar keine Zahlung erfolgt, ist gleichgültig. Die Leistung — denn die Sache braucht nicht übergeben zu werden, sondern sie wird nur ergriffen (manucapitur = mancipatur), sie kann also immerhin im Besitz des Gebers verbleiben. Dieser beiden Elemente des Akts hat die Formel, die der Empfänger zu sprechen hat, zu gedenken, des einen mit den Worten: hunc ego hominem (fundum u. s. w.) ex jure Quiritium meum esse ajo, des anderen mit den Worten: isque mihi emptus est [706]) hoc aere aeneaque libra.

Vor Einführung des gemünzten Geldes blieb für die Beschaffung einer Geldzahlung nichts übrig als das Metall zu wägen, und daß man dazu, da es sich nicht bloß um das Halten der Wage, sondern um genaues, richtiges Abwägen handelte, einen dritten Unpartheiischen (libripens) zuzog, daß man sodann das Metall nicht bloß wog, sondern auch an Ton und

---

705a) Gaj. l. c. hat aes, Festus sub rodus den „as" und das „aes signatum".

706) In dieser Fassung mit est, nicht mit esto wird die Formel von drei verschiedenen Gewährsmännern angegeben: Gaj. I, 119 und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ihn von Boethius ad Cic. Top. c. 5 (Orell. 322) und Paulus in den Vat. fr. §. 50. Schon dieser Umstand hätte Huschke Nexum S. 23 abhalten sollen, diese Lesart zu verdächtigen und wegen Gaj. II, 102 (wo das esto vielleicht mit der imperativischen Form der Testamente zusammenhängt) und III, 167 (wo das esto vielleicht aus est hoc entstanden, die Abweichung von der gewöhnlichen Form aber zur Noth auch durch die Besonderheit des Falls motivirt sein könnte) das esto in jene andere Stelle hineinzuemendiren. Das für die Kritik des Gajus so wichtige Zeugniß von Boethius hat er freilich ganz übersehen. Ueber die innere Unwahrscheinlichkeit seiner Conjectur s. den folgenden §. — (In seiner seit der ersten Auflage dieses Bandes erschienenen Jurispr. antej. hat er jetzt jene Ansicht stillschweigend zurückgenommen und bei Gaj. I, 119 das est der Handschrift gelassen.)

Klang seine Aechtheit darthat[707]) (aere percutere libram), wozu der Zahlende durch die Formel: rauducculo libram ferito[708]) aufgefordert ward — das, sage ich, ist so einfach und natürlich, daß es eben darum vielleicht den Widerspruch herausgefordert hat.

Als das gemünzte Geld aufkam, hätte man sich die Wagschale und das Wägen ersparen können, und gewiß wird dies auch für gewöhnliche Geldzahlungen, wie z. B. bei dem einfachen Dar-

---

707) Der verstorbene J. Christiansen hat mit großer Hartnäckigkeit daran festgehalten, daß das Schlagen des Erzes an die Wagschale nur ein Zeichen der Perfection des Vertrages gewesen sei. S. dessen Wissenschaft der röm. Rechtsgesch. B. 1 S. 147 fl. und Institutionen S. 566 fl. Als ob man darum erst hätte eine Wagschale requiriren sollen! Es ist zu leicht, diese Grille zu persifliren, als daß ich mich der Versuchung hingeben möchte. Ueber die vermeintliche Unerklärlichkeit des libram percutere aere hätte ihm auch unser heutiges Leben Aufklärung geben können. Wer hätte es nicht schon gesehen, daß man Geldstücke zweifelhafter Aechtheit am Klange, also durch ein percutere prüft? — Wenn Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 140 Note 7 fragt: „was soll die Prüfung der Aechtheit bei dem Erzstückchen, von dem von vornherein feststand, daß es nur die imago des Wirklichen sei?" so verweise ich ihn auf die von ihm selber in Bezug genommene Sitte, das wirkliche Zahlgeld (den Denar) durch den Klang zu prüfen. Sollte man ihre Prüfung bei dem ungeprägten Metall der alten Zeit weniger für nöthig gehalten haben als bei dem geprägten und, wenn man den Zahlakt der alten Zeit darstellen wollte, warum hätte man gerade diesen Bestandtheil desselben fallen lassen sollen, anstatt sich auch hier „an die imago des Wirklichen" zu halten?

708) Fest. Rodus. Ruducculum (bei Varro de L. L. V 163 rauducculum) hieß, wie Festus hier bemerkt, unverarbeitetes Metall, und der Ausdruck ward in bekannter römischer Weise auch dann noch beibehalten, als man sich statt dessen der Bequemlichkeit wegen eines Asses bediente. — Daß der Libripens sprechen mußte, ist für die Testamentserrichtung dadurch bezeugt, daß er nicht stumm sein durfte Ulp. XX, 7. Wir werden schwerlich fehlgreifen, wenn wir ihm jene Aufforderung in den Mund legen. — Wenn es in alter Zeit Sache des libripens war zu wägen, so wird er dazu nicht die Parthei aufgefordert haben, jene Formel kann sich also nicht auf Vornahme des Wägens von Seiten der Parthei bezogen, vielmehr nur den Sinn gehabt haben zu constatiren, daß die Parthei gegen die Aechtheit des Metalls nichts einzuwenden hatte, worauf denn der libripens das Gewicht bestimmte.

lehn (im Gegenſatz zum Nexum), bei Steuerzahlungen [709]) u. ſ. w., ſchnell Sitte geworden ſein; bei der mancipatio und dem nexum dagegen blieb die alte Form als reſiduäres Scheingeſchäft beſtehen.

Die Geſtalt eines von beiden Seiten ſofort erfüllten Kaufcontracts, welche die mancipatio an ſich trägt, kann nicht die urſprüngliche geweſen ſein, ſie datirt erſt aus einer Zeit, als das Metall allgemeines Zahlmittel geworden war. So hoch man dieſe Zeit auch ins römiſche Alterthum hinaufrücken mag, dem Kauf iſt auch in Rom der Tauſch vorausgegangen, [710]) d. h. alſo eine Eigenthumsübertragung ohne aes et libra. Wenn ich nun für dieſe Eigenthumsübertragung bei der res mancipi dieſelbe Solennität poſtulire, wie ſie im übrigen die mancipatio an ſich trägt d. h. Gegenwart der Partheien und der Sache, Mitwirkung der Zeugen, Ausſprechen der Eigenthumsformel (hanc rem meam esse ajo) und Ergreifen der Sache, ſo iſt dies allerdings eine durch kein äußeres Argument unterſtützte Hypotheſe, allein ich weiß nicht, wie man ſich ihr Angeſichts des das älteſte Recht beherrſchenden Formalismus entziehen will. Ob nun bei dieſer älteſten Form der mancipatio ſtets Sachen um Sachen mit einem Zuge umgetauſcht wurden, oder ob nicht auch eine Sache ſelbſtändig für ſich allein übergeben werden konnte, darüber wage ich keine Muthmaßung zu äußern, jedenfalls aber kann auch beim Tauſch das Geſchäft nur aus zwei ſeparaten Mancipationen beſtanden haben d. h. jeder Theil mußte die Sache ergreifen und die Worte: rem meam esse ajo ſprechen. Wie kam nun der Akt der Zahlung in das Ritual der Mancipation hinein? Als das Metall

709) Im Tempel des Saturn blieb freilich nach wie vor die Wagſchale hängen. Varro de L. L. V, 183: Per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam.

710) Von den römiſchen Juriſten anerkannt: §. 2 I. de emt. (3. 23) eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse. L. 1 pr. de cont. emt. (18. 1).

mehr und mehr allgemeines Zahlmittel ward, und der Kauf den Tausch verdrängte, fand naturgemäß auch eine Art des Handels Eingang, die beim Tausch zu den größten Seltenheiten gehört: das Creditgeschäft. Man tauscht regelmäßig nur Sachen gegen einander aus, die man hat, aber man kauft Sachen, auch wenn man das Geld noch nicht zur Hand hat. Für diesen letztern Fall bestimmten nun die XII Tafeln[711] vielleicht nur im Anschluß an das Gewohnheitsrecht, daß das Eigenthum an gekauften Sachen nicht früher übergehe, bis der Kaufpreis bezahlt sei. Für die Sicherheit des Verkehrs war dieser Satz nicht unbedenklich. Wer gekauft und den Kaufpreis wirklich bezahlt hatte, mußte letzteres, wenn es ihm bei der Vindication der Sache von einem Dritten bestritten ward, erst beweisen, und selbst derjenige, welcher durch Tausch oder Schenkung die Sache erworben hatte, mußte auf den Einwand gefaßt sein, daß er die Sache gekauft, aber nicht bezahlt habe. Dieser Gefahr gegenüber gab es kein wirksameres Mittel als dem Erforderniß der Zahlung sofort bei der mancipatio insoweit Genüge zu leisten, daß jeder Widerspruch gegen die Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung dadurch abgeschnitten ward d. h. der Empfänger nahm das Aeußerliche der Zahlung per aes et libram vor und constatirte sie wörtlich durch einen darauf gerichteten Passus (isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra).[711a] Wenn der Gegner dazu schwieg, also die Zahlung als gültig geschehen anerkannte, so hatte Niemand sie zu bemängeln; wie er selber hinterher zu seinem Gelde kam, war seine Sache — mit einem Wort die Frage von der Zahlung war zu einer rein relativen unter beiden Partheien gemacht, ihre absolute Bedeutung für den Eigenthumsübergang war damit beseitigt.[711b] Die Form

---

711) §. 41 I. de R. D. (2. 1).

711a) Aus Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 346 entnehme ich, daß schon Heineccius derselben Ansicht gewesen ist.

711b) In ähnlicher Weise wie es sich früher beim Wechsel mit der Clausel „Valuta erhalten" verhielt. Auch der Wechsel war ursprünglich ein Kaufcontract, und auch bei ihm war die Einrede des nicht gezahlten Kaufpreises

dieſer Scheinzahlung ergab ſich von ſelbſt. Wirkliche Zahlungen bewerkſtelligte man damals nicht mehr durch Wägen, ſondern durch Zählen; das Wägen, die aes et libra, galt ſchon damals als Ausdruck einer bloßen Scheinzahlung, aber als einer vom Civilrecht beim Nexum, dem einzigen Verhältniß, bei dem ſie ſich damals noch erhalten hatte, als wirkſam anerkannten.

Die im Bisherigen vorgetragene Hypotheſe findet meines Erachtens eine Unterſtützung in der Compoſition des Mancipationsformulars.[711c] Welche ſeltſame Ordnung: zuerſt wird der Eigenthumsübergang conſtatirt und dann erſt der Kauf[712] und die Zahlung! Gerade bei der logiſchen Peinlichkeit, mit der die alten Formen abgefaßt ſind (§. 47[b]), hat dieſe Umſtellung etwas höchſt Auffälliges. Sie wiederholt ſich in den beiden entſprechenden Handlungen: dem Ergreifen der Sache mit der Hand als der Darſtellung des Eigenthumserwerbs und dem Anſchlagen des Erzes an die Wagſchale als Darſtellung der Zahlung. Die mancipatio beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entſprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und urſprüngliche Stamm der mancipatio, alſo das Principale iſt, das Zahlen aber

---

zu fürchten. Jene Clauſel beſeitigte dieſen Einwand für den Wechſel abſolut, aber das unterliegende Geſchäft, der Anſpruch des Wechſelverkäufers auf wirkliche Zahlung ward dadurch nicht berührt.

711c) In der erſten Ausgabe hatte ich auch der Verſchiedenheit der Faſſung der beiden Glieder deſſelben: ajo . . meum esse isque mihi emptus est ein Argument entnehmen wollen und gefragt, warum nicht, wenn die Formel von Anfang an als eine einheitliche componirt worden ſei, auch das zweite Glied in den Accuſativ cum Infinitiv geſtellt worden ſei. Meine eignen Unterſuchungen über die Sprache der römiſchen Formeln haben mir ſpäter darauf die Antwort ertheilt; ſ. §. 47[a] (bei Gelegenheit der Regeln über den Gebrauch des Indicativs).

712) Daß emere urſprünglich etwas anderes bedeutet hat als kaufen (B. 1. S. 110 Anm. 12), was namentlich zu dem Zweck geltend gemacht worden iſt, um die Auffaſſung der mancipatio als eines Scheinkaufes abzuwehren, kann man gern zugeben, ohne ſich den Schluß gefallen laſſen zu müſſen; jene Auffaſſung ſtützt ſich nicht bloß auf das Wort emere, ſondern auf emere hoc aere d. h. kaufen.

und der entsprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zusatz und bloßes Accessorium die zweite Stelle.

So erklärt sich auch, wie Manilius und Gallus Aelius bei ihren Definitionen des Nexum die Mancipation unter diesen Begriff bringen konnten.[713] Es hätte jeder Grund dazu gefehlt, wenn beide sich selbständig und unabhängig von einander entwickelt hätten, während wenn, wie ich annehme, die Scheinzahlung vom Nexum in die Mancipation hinübergenommen ward, jene Auffassung allerdings eine gewisse Wahrheit hatte. Sie litt nur an dem Fehler, daß sie die Wortbedeutung von Nexum zu weit griff, die mancipatio hatte zwar die Sache, nicht aber den Ausdruck entlehnt, und in dieser rein sprachlichen Beziehung traf daher ein dritter Jurist, Q. Mutius Scävola,[714] gewiß das allein Richtige, wenn er das Nexum als rein obligatorisches Geschäft per aes et libram definirte und damit die Anwendbarkeit des Ausdrucks auf die mancipatio völlig ausschloß.[715]

---

713) Varro de L. L. VII, 5 §. 105: Nexum Mamilius (Manilius) scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Fest. Nexum. Nexum est ut ait Gallus Aelius quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur, quo in genere sunt (nämlich als zu seiner Zeit praktische Fälle) haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

714) Varro a. a. O.: Mutius: quae per aes et libram fiant, ut obligentur (Huschke: obligetur), praeter quam (Niebuhr: quae, Huschke: quum), mancipio detur (Niebuhr: dentur). Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit (was nicht behalten, sondern zurückgegeben werden soll d. h. geliehen wird) inde nexum dictum.

715) Bei nicht juristischen Schriftstellern kommt jedoch der Ausdruck öfter in Anwendung auf die Mancipation und das Eigenthum vor, so z. B. bei Cicero Top. 5 traditur alteri nexu und dazu Boethius (Orelli p. 322), de harusp. c. 7 jure nexi, de Republ. I c. 7 u. a. In den Augen des Volks hatte die aes et libra über das minder hervortretende Ergreifen der Sache das Uebergewicht erlangt, man charakterisirte den Akt nach jenem, nicht nach diesem Moment. Daher Wendungen wie mercari libra et aere (Horaz), emere per assem et libram (Sueton) und ähnliche.

Der Beweis für die oben angenommene beſchränkte (wenn ich ſo ſagen darf: dingliche, nicht obligatoriſche) Bedeutung des Aktes der Scheinzahlung liegt in dem für die bei der actio auctoritatis, der aufs Doppelte gerichteten Klage des Käufers wegen Eviction der ihm mancipirten Sache von einem römiſchen Juriſten betonten Erforderniß wirklicher Zahlung des Kaufpreiſes,[716] ein neuer Beweis für die oben (S. 521) von mir behauptete Relativität der in den Scheingeſchäften und Fictionen des alten Rechts zur Verwendung gelangenden Geſichtspunkte. Die Scheinzahlung bei der Mancipation hatte lediglich den Zweck, die Unabhängigkeit des Eigenthumsüberganges von der wirklichen Zahlung des Kaufpreiſes formell zu rechtfertigen und den Empfänger bei dem Beweis ſeines Eigenthums von dem Beweis des letzteren Umſtandes zu befreien; darüber hinaus hatte ſie keine Geltung.

Das zweite Element der Mancipation, das Ergreifen der Sache übergehe ich hier, da daſſelbe wegen ſeines Zuſammenhanges mit allgemeineren Geſichtspunkten nur bei Gelegenheit der letzteren richtig gewürdigt werden kann.[721]

Das dritte Element unſeres Geſchäfts beſtand in den 5 Zeugen und dem bereits erwähnten Libripens. Indem ich bekannte Dinge übergehe, beſchränke ich mich auf einige meines Wiſſens bisher nicht aufgeworfene Fragen. Zunächſt die Frage: ob es bei jeder Mancipation einer förmlichen Aufforderung an die Zeugen bedurfte. Bezeugt iſt dieſelbe nur bei der Teſtamentserrichtung, und zwar für das testamentum per aes et libram, welches hier allein in Frage kommen kann, als Schlußpunkt des ganzen Teſtaments.[722] Wäre der Schluß von der Form des Mancipations-

716) Paul. S. R. II, 17 §. 1 . . pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius, aliter enim non potest obligari. Man hat darin, und wie ich glaube mit Recht, eine Anwendung der aufs Doppelte gerichteten Diebſtahlsklage (furt. nec manifestum) finden wollen. Der Verkäufer hatte den Käufer um ſein Geld gebracht.

721) S. §. 47 u. B. 3 Abth. 2.

722) Die Formel iſt uns von den römiſchen Juriſten erhalten (Gaj. II, 104. Ulp. XX, 9) ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi per-

testaments auf die der gewöhnlichen Mancipation ein stringenter, so wäre die obige Frage damit auch für letztere erledigt. Allein daß die Form beider nicht durchweg gleich ist, zeigt schon die Verschiedenheit der Formeln, sowie der Umstand, daß dort auch der Mancipant zu reden hat, während er hier schweigt. Nichts desto weniger läßt es sich aus allgemeinen Gründen kaum bezweifeln, daß die Zeugen bei jeder solennen Handlung auch in solenner Weise haben aufgerufen werden müssen. Es würde zu der Genauigkeit, mit der die alte Jurisprudenz alles, was geschah, auch durch Worte ausdrücken ließ, wenig stimmen, wenn sie eine so wichtige Thatsache, wie die Zuziehung der Zeugen zum Rechtsgeschäft, nicht durch eine Erklärung der Parthei constatirt hätte. Bei der Mancipation ging die Aufforderung aber nicht, wie beim Testament, von dem Mancipanten aus; das Interesse lag ausschließlich auf Seiten des Empfängers.

Mußten die Zeugen ihrerseits, oder einer von ihnen im Namen aller, der an sie gerichteten Aufforderung mit Worten, und zwar im Geist des ältern Rechts mit hergebrachten, fest bestimmten, entsprechen? Auch diese Frage würde ich schon aus allgemeinen Gründen zu bejahen nicht anstehen, ein positives Zeugniß

---

hibetote. Ob es nicht außerdem noch einer *solennen* rogatio der Zeugen bei Beginn des Testamentsakts bedurfte, lasse ich dahin gestellt, die „*suprema* contestatio" der L. 20 §. 8 qui testam. (28. 1) ist dafür nicht beweisend, ebensowenig das „ante testimonium certiorentur" der L. 21 §. 2 ibid. Daß man keinen Zeugen zu einem Rechtsgeschäft zuzieht, ohne ihn vorher zu benachrichtigen, worum es sich handelt, ist selbstverständlich, es kommt nur darauf an, ob dies in solenner Weise d. h. mittelst einer festbestimmten Formel geschehen mußte. Das Aufrufen der Zeugen *nach* beendetem Akt kam außer dem Testament noch bei der litis contestatio vor, und es ist wohl nicht zufällig, daß beide Akte nach dieser Aufrufung der Zeugen (testari, contestari) ihren Namen tragen. Bei der litis contestatio riefen *beide* Partheien die Zeugen auf, beim Testament der Testator allein, nicht der Erbe oder der dessen Stelle vertretende familiae emtor, ungeachtet doch auch er kein geringeres Interesse an der Aufrechthaltung des Testaments hatte als der Testator. Es erklärt sich dies vielleicht aus der ältesten Form der Testamentserrichtung in den Comitien (B. 1 S. 145 fl.).

aber dafür finde ich theils in der Beſtimmung,[727]) daß ein Stummer beim Teſtament weder Zeuge, noch Libripens ſein durfte, was völlig unmotivirt geweſen wäre, wenn beide nichts zu reden gehabt hätten, theils in der Art, wie ein römiſcher Juriſt es rechtfertigt, daß ein Blinder ein Teſtament errichten könne.[727a]) Der Schluß von dem Teſtament auf die gewöhnliche Mancipation dürfte hier weniger gewagt ſein als oben.

In Bezug auf die Wirkſamkeit der mancipatio hatten die XII Tafeln in dem bekannten Satz: Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ſcheinbar der Autonomie der Privaten einen unbeſchränkten Spielraum eingeräumt; die Jurisprudenz ließ ſich dadurch nicht abhalten, dieſe Freiheit auf ihr richtiges Maß zurückzuführen. Alle Verabredungen, die ſich mit dem Zweck oder Hergang nicht vertrugen, waren als Beſtandtheile des Aktes (als „nuncupatio“) [728]) unzuläßig. Dahin gehörte das pactum fiduciae (S. 514), ſowie die Beſtimmung, daß das Eigenthum erſt mit Eintritt einer Bedingung oder von einem gewiſſen Tage an übergehen ſolle — der Empfänger würde nicht haben ſagen können: rem meam esse, und ebenſo wenig würde die ſofortige Zahlung gepaßt haben. Aus dieſem Grunde glaube ich denn auch nicht, daß eine Beſtimmung über die demnächſtige Bezahlung des Kaufpreiſes in die Nuncupation aufgenommen werden durfte. Es wäre eine contradictio in adjecto geweſen, einerſeits mit den Worten: est emtus hoc aere u. ſ. w. den Kaufpreis als bezahlt, andererſeits durch jenen Zuſatz ihn als noch rückſtändig zu bezeichnen. Ja es iſt mir zweifelhaft, ob nur einmal, wie Huſchke angenommen hat, die Angabe des wirklichen Preiſes in der Nuncupation Platz finden konnte. Denn letztere lautete auf Bezahlung mit „dieſem Erz und dieſer

727) Ulp. XX, 7.

727a) Paul. S. R. III 4a §. 4 quia testes testimonium sibi perhibentes audire potest.

728) Von nomine capere: beim Namen nennen, ſagen. Cic. de off. III, 16 de orat. I, 57.

Wage", und dazu hätte die Angabe einer bestimmten Geldsumme nicht gestimmt. Für den Uebergang des Eigenthums, um den es sich bei der Mancipation allein handelte, war ja die Angabe des wirklichen Preises nicht nöthig — was hat ein Dritter nöthig, den Betrag des Kaufpreises zu erfahren, wenn Käufer und Verkäufer erklären, daß er berichtigt sei? — für die act. auctoritatis aber war die bloße Angabe des Preises ohne Wirkung, denn diese Klage ging nur auf das Doppelte dessen, was wirklich gezahlt war, den Beweis der wirklichen Zahlung aber konnte, wie bereits bemerkt, die Bezugnahme auf die Scheinzahlung nicht ersetzen. Gerade diese unbestimmte Nahmhaftmachung der Zahlung ohne Angabe der Summe kann im Sinn und in der Sprache der alten Juristen die Bedeutung haben enthalten sollen, daß sie nur für das Verhältniß zu dritten Personen d. h. für die Eigenthumsfrage, nicht aber für das obligatorische Verhältniß beider Personen zu einander Geltung haben solle; bei der Zahlung oder dem Erlaß einer Nexusschuld ward die Summe ausdrücklich genannt.[728a]) Was blieb denn für die nuncupatio, abgesehen von der stereotypen Formel, noch übrig? Ich meine nur das, was sich auf das mancipirte Object selbst bezog, also z. B. bei einem Grundstück die Zusicherung gewisser Servituten oder umgekehrt der Freiheit von ihnen, sodann der Vorbehalt von Servituten zu Gunsten des Mancipanten (deductio),[729]) bei dem Verkauf eines Sklaven die Angabe, daß und unter welcher Bedingung er statu liber sei, daß das Pekulium mitgegeben oder vorbehalten werde, bei einem Thier das Alter, die Fehler oder deren Nichtdasein u. s. w. Ist dies richtig, so konnte durch die Mancipation nur der Mancipant, nie der Empfänger verpflichtet werden, und diesen Satz halte ich allerdings in seiner weitesten Ausdehnung für wahr. Die entgegengesetzte Behauptung von Huschke, der zufolge die Mancipation für den Käufer rücksichtlich des schuldigen Kauf-

728a) Gaj. III, 174.
729) Vat. fragm. §. 50.

preises die Kraft eines Nexum gehabt hätte, hat, ganz abgesehen von ihrem Mangel an allem und jedem positiven Anhaltspunkt, die Analogie des ältern Rechts aufs entschiedenste gegen sich. Alle formellen Geschäfte des eigentlichen jus civile sind streng einseitig (B. 3 §. 53 S. 133), es gibt keins, aus dem beide Contrahenten gegenseitig verpflichtet würden, und selbst der Kauf und die Miethe zerfielen, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen hoffe, früher in zwei einseitige Geschäfte (Stipulationen): emtio und venditio, locatio und conductio. Kurz der Grundsatz der Einseitigkeit ist eins der Fundamentalprincipien des ältern Rechts. Wie bei der Stipulation, so hat auch bei der Mancipation derjenige Theil, dessen Interesse das Geschäft bezweckt, die getroffenen Verabredungen (die lex contractus) zu publiciren. Daß der Mancipant wie bei der Stipulation auf die Rede des Andern habe antworten müssen, wird mit Ausnahme des Testaments nirgends erwähnt, und bei der gewöhnlichen Mancipation werden wir es schwerlich annehmen dürfen. Bei der Stipulation lag die Nothwendigkeit der Antwort in der Frage selbst ausgedrückt, bei der Mancipation dagegen lautete die Formel assertorisch, ähnlich wie bei der in jure cessio, und daß es bei letzterer keiner Antwort bedurfte, ist ausdrücklich bezeugt.[730] Nur bei dem testamentum per aes et libram sprechen, abweichend von dem sonstigen Mancipationsritual, beide Partheien, zuerst der familiae emtor und dann der Testator. Nur die von letzterem herzusagende Formel wird nuncupatio genannt.[730a] Sachlich bedarf diese Abweichung keiner Rechtfertigung, denn wer soll beim Testament sprechen, wenn nicht der Testator? Eine formelle Handhabe dazu bot möglicherweise der Satz der XII Tafeln: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, denn ein „legare“

730) Gaj. II, 24 quo negante aut tacente. Schon diese Verschiedenheit in der Fassung der Formeln hätte, ganz abgesehen von andern Gründen, die Idee ausschließen sollen, als ob die Stipulation aus der Nuncupation der Mancipation entstanden sei.

730a) Gaj. II, 104.

erforderte ein Sprechen. Vielleicht war die nuncupatio nichts als die aus der alten Form der Testamentserrichtung hinübergenommene Ansprache ans Volk: itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. [731])

Das Anwendungsgebiet der mancipatio war ein außerordentlich reiches, es umfaßte 1. das Eigenthum, 2. die Rusticalservituten (beziehungsweise die vier ältesten Species derselben: iter, via, actus, aquaeductus), 3. die manus (coemtio), 4. das mancipium und 5. das Erbrecht. Alle diese Fälle haben ihr mehr oder minder Eigenthümliches. Wenn der dritte und vierte dem ersten, den wir als den eigentlichen Typus betrachten dürfen, in der Beziehung am nächsten stehen, daß bei ihnen wenn auch keine Sache, so doch noch ein sichtbarer und faßbarer Gegenstand vorhanden ist, so weichen sie darin von ihm ab, daß im vierten das verliehene Recht, ganz abgesehen von der mancipatio fiduciae causa, regelmäßig [732]) eine vorübergehende Dauer hat, praktisch mehr der Miethe, als dem Kauf gleicht, im dritten aber — um uns bei dieser überaus bestrittenen Frage [733]) auf das allein Sichere zu beschränken — jedenfalls in der Formel eine der materiellen Verschiedenheit des Verhältnisses entsprechende Abweichung von der gewöhnlichen Mancipationsformel Statt fand. [734]) In dem zweiten und fünften Fall erreichte

731) Hierzu stimmt denn auch die Art, wie Ulp. XX, 9 die Sache darstellt: in testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Ebenso Gaj. II, 116. Diese nuncupatio gehört demnach nicht mehr zu der mancipatio, sie ist etwas außer und neben ihr, während die nuncupatio bei der gewöhnlichen mancipatio einen integrirenden Bestandtheil derselben bildet.

732) Gaj. I, 140. S. oben S. 174.

733) Roßbach Untersuchungen über die röm. Ehe. S. 67—81.

734) Gaj I, 123 .. cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens — denn eine juristische Wahrheit hatte die Auffassung schwerlich — mochte man sogar die Frau selbst als Subject der Coemption bezeichnen: coemptionem facit z. B. Gaj. I, 115 u. a. a. Stellen.

die Mancipation ihren Culminationspunkt, sie hatte sich hier von dem natürlich sinnlichen Requisit eines faßbaren Gegenstandes völlig losgerissen. Dazu kamen in dem letzten Fall noch andere im Verlauf der Darstellung bereits berührte Abweichungen und zwar von dem Gewicht, daß wenn auch nicht die äußere Physiognomie, so doch das innere Wesen und die juristische Natur der Mancipation in diesem Fall bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit entstellt oder richtiger völlig geopfert war. [735])

Die Mancipation erstreckte sich demnach fast über das gesammte Privatrecht: das Vermögensrecht, Familienrecht und Erbrecht; nur das Obligationenrecht war ihr verschlossen. Mit ihren mittelbaren Wirkungen reichte sie allerdings auch in letzteres hinein (actio auctoritatis, Damnationslegat). Allein so wenig man die Antretung der Erbschaft aus dem Grunde einen obligatorischen Akt nennen darf, weil sie auch obligatorische Verhältnisse begründen kann, so wenig darf man dasselbe bei der Mancipation thun. Primär und ausschließlich konnte keine Obligation durch sie erzeugt werden.

Die in jure cessio (Abtretung vor Gericht) bietet ungleich weniger Schwierigkeiten dar als die mancipatio. Sie ist das Gegenstück der sponsio praejudicialis; wie bei letzterer der Vertrag dem Proceß, so hilft hier der Proceß dem Vertrage aus. Ihrer Form nach eine Scheinvindication, wobei der Erwerber als Vindicant auftrat, der Cedent sich der Contravindication enthielt, und der Prätor jenem die in Anspruch genommene Sache oder das Recht zusprach, fand sie nur bei solchen Rechten Statt, die möglicherweise Gegenstand der Vindication sein konnten. Da-

735) Im richtigen Gefühl davon haben denn auch die römischen Juristen die hereditas nicht unter die res mancipi gerechnet, während sie dies bei den Rusticalservituten thun, trotzdem daß auch sie res incorporales sind (Gaj. II, 17). Ulp. XIX, 1. Daß die mancipirten freien Personen unter den res mancipi nicht mit genannt wurden, bedarf keiner Erklärung.

her war auch sie zur Begründung obligatorischer Verhältnisse ungeeignet, ja sie schloß vermöge der Natur des Aktes, in dessen Formen sie sich kleidete, selbst die accessorische Begründung derselben aus.[736] An Alter steht sie hinter der Mancipation höchst wahrscheinlich zurück,[737] an ausgedehnter Anwendbarkeit keineswegs, wie dies die folgende tabellarische Vergleichung ihrer beiderseitigen Anwendungsgebiete nachweisen soll.

Anwendungsgebiet.		
ausschließliches der mancipatio.	gemeinsames.	ausschließliches der in jure cessio.
	Eigenthumsübertragung an res mancipi, ...	. . . an res nec mancipi.
	Bestellung von Rusticalservituten, ...	. . . Urbanal- und persönlichen Servituten.
Mancipium.		Manumission (vindicta).
Manus.		Emancipation.
Testament.		Adoption.
		Uebertragung der tutela legitima mulierum und der hereditas legitima.

Wir werden nicht fehlgreifen, wenn wir den Ursprung der in jure cessio auf ihrem ausschließlichen Anwendungsgebiet suchen. Ihre Anwendung auf die Fälle der zweiten Columne war eine

736) Von der fiducia ist oben (S. 515) bereits das Erforderliche gesagt.

737) Die frühste Erwähnung geschieht in Anwendung auf die Manumission für das erste Jahr der Republik (Liv. II, 5), und zwar verhielt sich die manumissio per vindictam zu der bis dahin üblichen manumissio censu in ähnlicher Weise, wie das testamentum per aes et libram zu dem in comitiis calatis d. h. beide stellten eine zu jeder Zeit anwendbare, also bequemere Form der früheren an gewisse Zeiten gebundenen gegenüber. Nach Paulus in den Vat. fr. §. 50 sollen die XII Tafeln die in jure cessio anerkannt haben; ob „propalam" oder „per consequentiam" (Ulp. IX, 3) d. h. dadurch, daß sie der Vindication gedacht hatten, stände wohl noch zur Frage. Das „confirmat" von Paulus kann denselben Sinn haben, wie das „jubet" von Ulp. X, 1.

bloße Conſequenz ihrer Form, für letztere hätte es ihrer Einführung nicht bedurft, für ſie reichte vielmehr die Mancipation vollkommen aus, und das Leben bediente ſich auch faſt nur der letzteren.[738]) Auf dem angegebenen Gebiet hingegen entfaltete ſie ihre eigenthümliche praktiſche Brauchbarkeit, weil ſie hier Zwecken diente, die ſich auf andere Weiſe theils gar nicht, theils, wie z. B. die Manumiſſion, nur in unvollkommnerer Weiſe erreichen ließen. Daß ſie nicht von vornherein und mit einem Male, ſondern erſt nach und nach in Beſitz dieſes weiten Gebietes gekommen iſt, wird Niemand, der etwas von dem Gange der hiſtoriſchen Entwicklung im römiſchen Recht weiß, bezweifeln wollen. Ueber das relative Altersverhältniß der einzelnen Fälle fehlt es uns an allen poſitiven Nachrichten, bis zu einem gewiſſen Grade kann die Combination jedoch dieſen Mangel ergänzen. Als einen der älteſten Fälle betrachte ich die manumissio vindicta, er iſt zugleich der einzige, für den uns eine beſtimmte Entſtehungszeit angegeben wird (Note 737). Erſt *nach* den XII Tafeln können ſich, vielleicht überhaupt, jedenfalls aber erſt in der uns bekannten Geſtalt, die Emancipation und Adoption gebildet haben, da ſie eine Alluſion auf einen Satz dieſes Geſetzes enthalten (S. 173 und 443). Die Urbanalſervituten ſind nach allen Anzeichen noch weit jüngern Urſprunges (Note 359), rückſichtlich der übrigen Fälle fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

In allen dieſen Fällen war der Gegenſtand der gerichtlichen Abtretung, um den römiſchen Ausdruck beizubehalten, eine res incorporalis, und damit iſt zugleich der Geſichtspunkt für den *principiellen* Gegenſatz dieſes Geſchäfts zu der Mancipation gewonnen. Die hiſtoriſche Wurzel und der praktiſche Schwer-

738) Gaj. II, 25: Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere. Daſſelbe Verhältniß wird ſich zwiſchen ihr und der Tradition der res nec mancipi annehmen laſſen.

punkt der einen liegt in der res corporalis, bei der andern in der res incorporalis; erst in ihren Verzweigungen kreuzen sie sich.

Es bleibt uns jetzt noch die Stipulation (S. 470): der auf Eingehung einer Obligation gerichtete Vertrag in Form mündlicher Frage und Antwort.

Sie hat folgende Requisite:

1. Die Gegenwart der Partheien.

2. Die vorausgehende Frage des Gläubigers. Die Umkehr der Ordnung, ein vorausgehendes Versprechen von der einen und eine Acceptation von der andern Seite begründete keine Stipulation (über den Grund s. §. 47). Das römische Recht kennt zwei Formen der Stipulation: eine strengere, engere und eine freiere, abstractere. Jene: die dem jus civile angehörige, an die Worte: spondes? spondeo gebundene und auf Römer beschränkte sponsio[739] — diese: die dem jus gentium angehörige, lediglich an das abstracte Requisit der mündlichen Frage- und Antwortform geknüpfte und folglich mit beliebigen Worten (z. B. dabis, facies, promittis?) und in jeder Sprache mögliche stipulatio schlechthin.[740] Daß letztere, wenigstens in ihrer Anwendung auf Römer unter sich, jüngeren Ursprunges ist, dafür sprechen, wenn auch keine äußeren, so doch gewichtige innere Gründe (§. 47).

3. Die sofortige Antwort. Ein Zwischenraum hebt die Verbindung zwischen Frage und Antwort auf, beide sollen ein Ganzes bilden, es muß folglich auch der Akt selbst ein einiger sein (unitas actus).[741]

4. Die entsprechende Antwort. Eben weil beide ein Ganzes darstellen sollen, müssen sie sich decken. Lautet die Ant-

---

739) Ueber die problematische Ableitung derselben aus dem Eid s. B. I. S. 303 fl. vergl. S. 301 daselbst.

740) Gaj. III, 92, 93. L. 1 §. 6 de V. O. (45. 1).

741) L. 1 §. 1 de V. O. (45. 1).

wort anders, als gefragt, sei es auf mehr oder auf weniger, und bei der sponsio nicht auf den Ausdruck: spondeo, so ist die Stipulation verfehlt.[742] In späterer Zeit ward man darin laxer, aber in der alten Zeit hielt man daran mit äußerster Pedanterie fest und erließ auch nicht einen Buchstaben. Und in der That, es war jedenfalls das Sicherste, denn wenn man einmal nachließ, wo war die Gränze? Jene Strenge hatte einen ganz vernünftigen Sinn, und was Gellius (XVI, 2) von dem gleichen Grundsatz der Dialektik sagt, paßt wörtlich auf die Stipulation. „Es ist ein Gesetz dieser Kunst, bemerkt er, daß wenn man sich über irgend ein Thema streitet, man nicht mehr und nicht weniger antworte, als man gefragt wird, entweder mit Ja oder Nein; wer mehr oder anders antwortet, gilt als Idiot. Und darauf muß man halten, denn es gibt kein Ende des Streites, wenn man die einzelnen Streitpunkte nicht fixirt und einfach durch Frage und Antwort erledigt." In ähnlicher Weise, meinten die alten Juristen, ließe sich auch bei den Verhandlungen rechtlicher Art die Gewißheit der erreichten Einigung nur dadurch constatiren, daß der Schuldner sich streng an die Frage binde; thue er es nicht, so sei das ein Zeichen, daß die Partheien noch nicht eins geworden. Im Geist der alten Zeit (§. 47[b]) darf man annehmen, daß der Schuldner ursprünglich den ganzen Inhalt der Stipulation wiederholen mußte und sich nicht wie später mit einem einfachen Ja oder spondeo, dabo u. s. w. begnügen durfte. Das wahre Wesen der Stipulationsidee ist sowohl von ihrer psychologischen als praktischen Seite bereits von einem Andern[743] in so

742) Gaj. III, 102. Die L. 1 §. 2—5 de V. O. (45. 1) veranschaulicht zugleich die freiere Entwicklung, die schon in der verhältnißmäßig kurzen Zeit von Gajus an bis auf Ulpian Statt gefunden; sollte das, was Gajus lehrt, noch ganz das ursprüngliche gewesen sein? Die alte Gestalt der Sache schimmert unter den Milderungen der neuern Zeit noch deutlich genug durch.

743) J. Christiansen (der Aeltere) Institutionen des römischen Rechts S. 308—310 — ein Buch, das neben manchem Ungenießbaren und Verwegenen viele tiefe Einblicke enthält. Die zum Theil nicht unverschuldete

vorzüglicher Weise entwickelt, daß ich nichts besseres thun kann, als dessen Worte wörtlich wieder zu geben.

„Die neuern gebildeten Sprachen und die gebildeten Sprecher dieser gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist. Wie kurz, wie lang, welchen Inhalts immer die Frage sei, so wird die Bejahung mit „Ja" u. s. w. gleichmäßig auf die kürzeste und bündigste Weise abstract ausgedrückt. Die ältern concreteren Sprachen überhaupt wie auch noch die ungeübteren Sprecher ausgebildeter Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die römische Sprache. Sie kennt gar keine abstracte Bejahung. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in die Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Das ist so allgemein die Natur des concreteren sinnlicheren und sinnigeren Bildungszustandes. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen ohne nach-zu sprechen und hat die instinktmäßige Vorsicht bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur wenn das Gefragte nach-gesprochen ist, können beide Theile sicher sein, daß auch dasselbe gemeint ist.

„Im gebildeten Zustande würde auf die Frage: willst du für zweitausend mir u. s. w. geben" mit einem bloßen Ja geantwortet werden und damit die unumwundenste Einigkeit vorzuliegen scheinen. Im Einzelnen, also im Ganzen ist aber innerlich vielleicht die größte Uneinigkeit vorhanden; der Verkäufer verstand vielleicht „drei" statt „zwei" u. s. w. Alle diese Dinge wären beim wörtlichen Nachsprechen zum Vorschein gekommen. Wenn dagegen bei den Alten der Gläubiger fragte: spondesne Stichum hominem . . . . dare, so antwortete der Gläubiger nicht bloß mit spondeo, sondern er wiederholte den ganzen Satz. Nur bei

---

geringe Verbreitung des Buchs hat mich bestimmt, die citirte Stelle mit Auslassung einiger überflüssigen Breiten wörtlich abdrucken zu lassen.

der feierlichſten Form der Ausſage oder Zuſage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen urſprünglich ganz allgemein üblichen umſtändlichen, detaillirten Ausſpruch. Beim Katechiſiren mit Kindern, bei Aufträgen an Ungebildete begnügt man ſich ebenfalls nicht mit einem bloßen „Ja", ſondern verlangt umſtändliche Wiederholung.

„Es iſt einleuchtend, in welchem Grade dieſe concrete Bejahung größere Garantie des Einverſtändniſſes und Ernſtes gibt als die abſtracte. Es iſt zwiſchen beiden in Hinſicht der Zuverläſſigkeit ungefähr der Unterſchied, wie ob man eine zu hebende Laſt mit dem bloßen Augenmaße probirt und approbirt oder ſie wirklich auf die Schultern nimmt."

So weit Chriſtianſen. Die Form der Frage war im römiſchen Rechtsleben keineswegs auf die Stipulation beſchränkt, ſie wiederholte ſich in alter Zeit auch in andern Fällen, wo es die Begründung einer Obligation galt. So werden die praedes durch Frage und Antwort verpflichtet,[746] und ſo erfolgt bei Plautus der Abſchluß der Kaufcontracte.

Rückſichtlich ihrer ausgedehnten Anwendbarkeit durfte die Stipulation ſich füglich mit den beiden bisher betrachteten Formen meſſen; was letztere für die abſoluten Rechte, war ſie für das relative, die Obligation: eine allgemeine Form, wodurch, wie auch in ihrem Namen liegt,[747] die Sache feſt gemacht wurde.

---

746) Festus sub manceps: praes . . . interrogatus a magistratu, si praes sit, respondet: praes in gleicher Form (estne emptus? est emptus).

747) Stipulatio kommt von stips, letzteres von der Sanskrit-Wurzel sthâ, von der auch Stab und Stift. Im Lateiniſchen hieß stip, stipit, stirp Stamm, welches auch in obstipescere (gleichſam zum Stock werden) erhalten iſt. So Pott Etymol. Forſch. Bd. 1 S. 198. Die Inſtitutionen pr. I. de V. O. (3. 16) treffen mithin das Richtige, indem ſie das Wort daher ableiten: quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens. Ganz entſprechend ſowohl ſachlich wie ſprachlich ſind die deutſchen Ausdrücke: beſtätigen, rechtsbeſtändig, vor Gericht geſtedegen (Sachſenſpiegel II, 30 d. i. feſtmachen, wie stipulari). Mit den Getreide-

Alle und jede Verträge, insofern sie nur nichts Unerlaubtes enthielten und auf eine erzwingbare Leistung gerichtet waren, mochten sie im übrigen schon an sich klagbar sein oder nicht, konnten in diese Form eingekleidet werden. Doppelt wichtig aber war sie gerade im ältern Rechte bei der beschränkten Zahl der vorhandenen Obligationsformen — ein Punkt, den ich an dieser Stelle noch aussetzen muß. Dabei beschränkte sich ihre Anwendbarkeit keineswegs bloß auf das jus civile, sie erstreckte sich vielmehr auch auf den Proceß — es war kaum ein Rechtsstreit möglich, in dem nicht zwischen den Partheien gewisse Stipulationen abgeschlossen wurden, und bei der reivindicatio per sponsionem mußte sie sogar als Einkleidungsform und Basis des ganzen Verfahrens dienen. Sodann auf den völkerrechtlichen Verkehr — wenigstens gefielen die Römer sich darin, auch die publicistischen Verträge, insofern sie nicht constitutiver, sondern promissorischer Art waren, unter die Form der sponsio zu bringen.[748] Und endlich auch auf den internationalen Privatverkehr — es war die oben angegebene abstractere Stipulationsform des jus gentium.

Dieser extensiven Brauchbarkeit entsprach die intensive. Die Hinzufügung eines dies und einer conditio, bei den andern beiden Geschäften ausgeschlossen, war bei der Stipulation, wie das die Natur eines promissorischen d. h. auf die Zukunft gerichteten Vertrages mit sich bringt, durchaus zulässig, und gerade der Zulässigkeit der Bedingung verdankte die Stipulation zum wesentlichen Theil den hohen Grad ihrer Brauchbarkeit. Mittelst der Bedingung ward es möglich, indirect alle gedenk-

garben hat zwar das „stipendium" (Austheilung derselben an die Soldaten), dagegen die „stipulatio" nichts zu thun, und das „Getreidegeschäft", das Huschke Nexum S. 100 aus ihr gemacht und höchst anschaulich beschreibt, ist um nichts besser als der etymologisirende Erklärungsversuch von Isidor V, 24 §. 30.

748) Gaj. III, 94. Das foedus war constitutiver Art. Das Nähere an späterer Stelle.

baren Gegenſtände, Leiſtungen u. ſ. w. in den Bereich der Obligation zu ziehen und damit der Stipulation die weiteſte Ausdehnung zu geben. Die einfache Formel war: verſprichſt Du die und die Summe, wenn Du dies und das gethan oder nicht gethan haſt? Die Handlung oder Unterlaſſung, auf die es abgeſehen war, bildete hier nicht den Gegenſtand der Obligation ſelber, ſondern nur der Bedingung (in conditione positum), aber die für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung verſprochene Strafe (Conventionalpön) gewährte, wenn nur der Betrag der Strafe hoch genug gegriffen war, einen eben ſo wirkſamen, ja regelmäßig viel wirkſameren indirecten Schutz, als es der directe geweſen wäre. Unter dieſer weiten Kategorie des in conditione positum fanden alle und jede Handlungen und Unterlaſſungen Platz, mochten ſie direct klagbar ſein oder nicht, ein Intereſſe haben oder nicht; die einzige Gränze beſtand in der conditio turpis — Verträge, die etwas Geſetzwidriges oder Unmoraliſches bezweckten, waren unwirkſam. In unſerm heutigen Recht, in dem alle erlaubten Beredungen klagbar d. h. direct erzwingbar ſind, iſt der Werth dieſer indirecten Erzwingung erheblich verringert, im altrömiſchen Recht dagegen, wo zwiſchen dem Klagbaren und dem Unerlaubten die große Menge der zwar erlaubten, aber nicht direct erzwingbaren Leiſtungen in der Mitte lag, wo, wie ich andern Orts nachzuweiſen hoffe, Obligationen auf ein bloßes Thun als ſolches (d. h. inſofern es nicht eine Sache, ein Geben zum Gegenſtand hatte) noch keine Anerkennung gefunden hatten, war der Werth dieſes Mittels ein unſchätzbarer.

3. Analyſe des römiſchen Formenweſens.

Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Ueberſicht der ſymboliſchen Zeichen und Handlungen des römiſchen Rechtslebens — die Hand insbeſondere.

XLVII. Unſere Aufgabe führt uns auf ein in einer gewiſſen Richtung kaum durchforſchtes Feld, ein Umſtand, der die Ausbeute

auf der einen Seite ebensosehr erleichtert, als auf der andern erschwert. Die Richtung, in der die Rechtsgeschichte dasselbe bisher fast ausschließlich untersucht hat, ist eine einseitige, es ist ganz dieselbe, die noch vor nicht gar langer Zeit in der Botanik die herrschende war d. h. eine rein descriptive, die sich mit Sammlung, Aufzählung, Beschreibung der Einzelnheiten begnügte. Daß aber auch hier die Abstraction einen dankbaren Stoff vorfindet, daß wir auch hier auf dem Wege der Analyse allgemeine Resultate gewinnen können, wird, wie ich hoffe, die folgende Darstellung zeigen.

Das Allgemeine, was die bisherige Lehre uns bietet, geht über das, was bereits Cicero und Gajus haben, nicht hinaus. Es ist jenes allgemeine Urtheil (S. 428 Note 610) über die Strenge und Peinlichkeit, mit der die ältere Jurisprudenz die Formeln handhabte, erläutert durch die bekannten von Gajus mitgetheilten Beispiele.[750]) Allein selbst diese unzweifelhafte Thatsache ist, so lange man sie nicht in den rechten Zusammenhang bringt, mehr geeignet, das Urtheil über das ältere Recht irre zu führen, als zu fördern; sie dient weniger dazu, uns mit demselben zu versöhnen als zu entzweien — sie gibt uns ein Räthsel ohne die Auflösung.

Um nun gleich den Punkt zu bezeichnen, in dem meiner Meinung nach das Verständniß des ganzen Formenwesens zu suchen ist, so ist dies das morphologische Element desselben, aber nicht in seiner dürren Aeußerlichkeit, sondern in seiner innern Ursächlichkeit. Wir dürfen den Formalismus nicht hinnehmen als etwas Gegebenes, bei dem man sich beruhigen müsse, bei dem man sich keine Rechenschaft geben könne, warum das Einzelne gerade so und nicht anders sei, und bei dem dies auch kein höheres Interesse habe. Der Gesichtspunkt vielmehr, unter dem wir ihn zu erfassen haben, und den ich im Folgenden möglichst durchfüh-

750) Ueber einen Versuch aus neuster Zeit, diese Erscheinung aus dem religiösen Gesichtspunkt zu erklären, s. u.

ren werde, iſt der einer bewußten und berechneten juriſtiſchen Schöpfung, einer tiefdurchdachten Zeichenſprache, kurz eines Kunſtproductes des juriſtiſchen Geiſtes. Von dem Scharfſinn, ja ich darf ſagen, dem Geiſt, den die alten Juriſten in den ſcheinbar ſo unfruchtbaren und dürren Gegenſtand hineinzulegen verſtanden, haben wir, denen unſer heutiges Recht und unſere heutige Wiſſenſchaft jeden Anlaß zu ähnlicher Arbeit und damit jede Parallele verſagt, heutzutage kaum eine Ahnung. Die Aufgabe und die Methode unſerer heutigen Wiſſenſchaft iſt eine andere geworden, und mit der Sache iſt uns auch der Sinn und das Verſtändniß für jenen untergegangenen Zweig der juriſtiſchen Kunſt abhanden gekommen. Mich gemahnt dieſer Umſchwung, dieſes völlige Ausſterben einer Kunſt, die einſt im höchſten Flor und Anſehn ſtand und den ganzen Scharfſinn der Juriſten in Bewegung ſetzte, an ſo manche Erſcheinungen des modernen Culturlebens. Ein recht verwickelter Kanon, ein Gedicht nach den Regeln des Meiſtergeſanges brachten einſt dem Muſiker und Meiſterſänger nicht mindere Ehre und Anerkennung, als eine fein erſonnene Formel einem altrömiſchen Juriſten. Heutzutage würde man kaum etwas anderes darin finden als ein nutzloſes Spiel des Verſtandes. Allein hüten wir uns, unſern heutigen Maßſtab an frühere Zeiten anzulegen und zu verkennen, daß was für uns werthlos ſein würde, für ſie vollkommen berechtigt geweſen ſein kann. Unſere heutige Wiſſenſchaft hat nicht mehr nöthig, ihre Kraft auf Worte und Formeln zu richten, weil unſer Recht eine höhere Stufe beſchritten hat, der römiſchen Jurisprudenz aber war durch die Stufe, auf der ſich das ältere Recht befand, zugleich die Art und Richtung ihrer Thätigkeit vorgezeichnet; daß ſie ihren ganzen Scharfſinn und ihre ganze Kraft an ein ſcheinbar ſo untergeordnetes Object verwandte, als das Formelweſen, war nicht Sache ihrer freien Wahl, ſondern der geſchichtlichen Nothwendigkeit.

Der Stoff, aus dem das ältere Recht die formellen Geschäfte gebildet hat, sind Handlungen, Zeichen und Worte. Unter ihnen nehmen letztere die erste Stelle ein. Zunächst rücksichtlich der ihnen zu Theil gewordenen juristischen Durchbildung. Sodann aber sind sie und nur sie das absolut unentbehrliche Element eines jeden Rechtsgeschäfts; es gab Rechtsgeschäfte z. B. die Stipulation, bei denen das bloße Wort, keins, bei dem die bloße Handlung genügte. Man könnte darauf hin versucht sein, sich das Verhältniß zwischen dem Wort, der Formel auf der einen und dem Zeichen, der Handlung auf der andern Seite so zu denken, als ruhe der eigentliche Nachdruck des Geschäfts überall auf dem ersteren Element, und als sei letzteres nur eine ziemlich unwesentliche decorative Zuthat, eine bloße Begleiterin des Worts gewesen, wie es im gewöhnlichen Leben die Hand von der Zunge ist: — wenn der sinnlich natürliche Mensch spricht, so pflegt er seine Worte pantomimisch, namentlich mit der Hand zu unterstützen. Allein so wenig ich die Zulässigkeit dieser Auffassung für die meisten Rechtsgeschäfte bestreiten will, so hat sie doch keinen Anspruch auf ausschließliche Geltung. So wie die Hand die Zunge, so pflegt umgekehrt auch letztere jene zu secundiren, m. a. W. der Nachdruck kann auch auf dem Handeln ruhen und die Rede nur den Zweck haben, dasselbe zu erläutern, oder zu constatiren.[750a]) Es ist eine beachtenswerthe Eigenthümlichkeit des älteren Rechts, namentlich aber des Processes, daß sie alle relevanten Thatsachen, wenn ich nach Analogie des Ausdrucks: aktenkundig so sagen darf, ohrenkundig machen. Es genügt z. B. zum Anfang der Verhandlungen nicht, daß die Partheien da sind, sie müssen außerdem noch aufgerufen, citirt werden und durch Antwort ihre Anwesenheit constatiren. Ebenso die Richter bei dem Verfahren der Quästiones perpetuä. Haben die Partheien gesprochen, so erfolgt mündlicher Aktenschluß durch das Wort

750a]) Als Beispiel möchte ich die Ertheilung der Vindicien nennen.

des Gerichtsdieners: dixerunt.[750b]) Auch der Anfang und das Ende der Sitzung muß durch Ausruf deſſelben verkündet werden, ähnlich wie bei der Abhaltung der Auſpicien das „Silentium" durch Meldung des Augur an den Magiſtrat.[751])

Aus Gründen der Darſtellung behandle ich das wichtigere Element an zweiter Stelle und beginne mit den Zeichen und Handlungen.

Ich habe in §. 45 drei Arten derſelben unterſchieden: ſymboliſche, repräſentative und reſiduäre, und für die beiden letzten dort bereits die meiſten Beiſpiele aufgeführt, die das ältere Recht uns darbietet. Es verbleibt uns hier noch die erſte Claſſe, und für ſie liefert das ältere Recht und Leben eine reiche Ausbeute.[752])

Die Fasces mit den Beilen in den Händen der Lictoren erinnern das Volk an das den Conſuln zuſtehende Recht über Leben und Tod, das Schwert in den Händen des Judex quäſtionis der ſpätern Zeit enthält für den Angeklagten die Mahnung, daß über ſeinem Haupte das Schwert ſchwebe; wenn es auf ihn niederfällt, ſo kehrt der Magiſtrat, der den Befehl zu ſeiner Hinrichtung gibt, das Gewand um.[753]) Der Speer gilt im Privatrecht als Zeichen der kriegeriſchen Erbeutung und folgeweiſe des

---

750b) Quint. I, 5 §. 43 „dixere" . . praeco pronuntiet. Gehört dahin auch Liv. III, 44 lictor decresse ait?

751) Das Material zu dem obigen ſ. bei Pseudo Ascon. in Verrem I, §. 55 (Orelli II, 152) II, §. 1 (Orelli II, 156). Cic. de divin. II, 34. Servius ad Virg. I, 656. Plin. H. N. VII, 60. Briss. de voc. ac form. I, c. 219. V, 213.

752) Die gründliche und gelehrte Schrift von Ever. Otto: de Jurisprudentia symbolica exercitationum trias. Traj. ad Rhen. 1730 behandelt nur einzelne Seiten des Gegenſtandes und ſchließt ſelbſt rückſichtlich ihrer manche Nachträge nicht aus. Mit Rückſicht auf ſie habe ich im Folgenden es mir regelmäßig erſpart, die Belegſtellen anzuführen. Eine Zuſammenſtellung der Symbole des deutſchen Rechts gibt J. Grimm in ſeinen Rechtsalterthümern S. 109 fl. ſ. auch Reyſcher Beiträge zur Kunde des deutſchen Rechts und Arnold Cultur und Rechtsleben S. 292.

753) Seneca de ira I, 16: perversa magistratui induenda vestis.

ächten Eigenthums, worüber bereits bei einer frühern Gelegenheit (B. 1 S. 113) das Nöthige gesagt ist. Im Völkerrecht verkündet er, indem er über die feindliche Gränze geworfen wird, den Krieg. Der Siegelring ist das Mittel der Beglaubigung und daher das Zeichen der Glaubwürdigkeit und das Vorrecht des freien Mannes. Die goldenen Ringe als Anzeichen des Ritterstandes, beziehungsweise der freien Geburt stammen erst aus späterer Zeit, die ältere kannte nur eiserne.[754] Der Huth (pileus) ist das Zeichen der erlangten oder wiedererlangten Freiheit. Woher dies? Man hat es mit der bei dieser Gelegenheit Statt findenden Sitte des Haarschneidens in Verbindung gebracht; der Huth habe zur Bedeckung des nackten Kopfes dienen sollen.[755] Der Sitte des Haarscheerens liegt wohl der Gedanke zu Grunde, daß der Freigewordene damit Alles, was ihm aus der Zeit der Gefangenschaft anklebt, gründlich abthue und ein liberum caput erlange. Bänder drücken die friedliche Stimmung

---

754) Macrob. Sat. VII, 13: Veteres non ornatus, sed signandi causa anulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuique nisi libero, quos solos fides deceret. Plinius H. N. XXXIII, c. 6. Otto p. 204.

755) Otto p. 172. Ueber den Fall der wieder erlangten Freiheit oder der Rückkehr des Römers aus feindlicher Gefangenschaft, dessen Otto nicht gedenkt, s. Liv. XXX, 45. XXXIV, 52. Val. Max. V, 2. §. 5, 6 u. a. Der Huth kam auch auf dem Kopf von zum Verkauf ausgebotenen Sklaven vor zum Zeichen, daß der Verkäufer für sie keine Garantie übernehme (servi pileati) Gell. VII, 4 — soll er bedeuten, daß der Sklave die Bedeckung nöthig habe, weil man ihm nicht auf den Kopf sehen dürfe? Bei dem Verkauf der Sklaven kamen überhaupt manche Zeichen vor, so z. B. der Kranz auf dem Kopf der Kriegsgefangenen (sub corona venire). Woher der Kranz? Gell. VII, 4 deutet eine Erklärung an, die viel Wahrscheinliches hat, obschon er selbst sie verwirft, nämlich corona bezog sich ursprünglich auf die corona militum, ward aber später als Kranz verstanden — ein Seitenstück zu den vielen etymologischen Mythen des römischen Alterthums, Schwegler Röm. Geschichte Bd. 1 S. 70. Sklaven, die übers Meer nach Rom gebracht waren, wurden bei ihrer Ausstellung zum Verkauf an den Füßen mit Gyps bezeichnet, Brisson. VI c. 10.

aus — offenbar als Zeichen des festlichen Schmuckes[756] — das heilige Kraut (sagmina) in den Händen der Gesandten die Unantastbarkeit. Das Zerbrechen der tessera hospitalis kündigt die Gastfreundschaft auf.[756a] Feuer und Wasser sind die Symbole der religiösen Gemeinschaft (B. 1 S. 287), das Brod das der häuslichen, daher die Anwendung derselben bei Eingehung der confarreirten Ehe. Das Haus des Mannes ist der natürliche Aufenthaltsort der Frau, und darum bedarf es bei Eingehung der Ehe der feierlichen Einführung der Neuvermählten in das Haus des Mannes (deductio in domum); durch Abwesenheit vom Hause während dreier Nächte unterbricht sie die Ersitzung der Manus. Die Uebergabe der Schlüssel an sie bedeutet die Abtretung, die Rückforderung derselben die Entziehung ihres häuslichen Regiments d. h. die Ehescheidung. Das Tragen einer leeren Schüssel (lanx) soll bei der Hausuchung nach gestohlenen Sachen das Suchen ausdrücken; um den Suchenden zu verhindern, die Sache heimlich mit einzubringen, darf er mit nichts bekleidet sein als einem Schurzfell (linteum). Das Abbrechen eines Zweiges gilt als Besitzesstörung zum Zweck der Unterbrechung der Usucapion,[757] das Werfen eines Steines als Zeichen der Einsprache gegen Neubauten. Die Kriegsgefangenen werden zum Zeichen ihrer Dienstbarkeit unter das Joch durchgetrieben.[758] Der Pflug ist das natürliche Symbol des seßhaften Lebens, und darum wird der Raum der neu zu gründenden Stadt mit dem Pfluge abgemarkt, an den Stellen

---

756) Roßbach a. a. O. S. 288: „Die Pontifices, die Ambarvalbrüder, die Flamines schmücken sich damit, Opferthieren werden sie um den Kopf gehängt, Schutzsuchende tragen sie auf dem Haupt und an ihren Stäben, sie hängen an den Altären und Pforten der Tempel, auch die Thüren der Privathäuser werden bei feierlichen Gelegenheiten damit geschmückt."

756a) Th. Mommsen, Röm. Forschungen I S. 343.

757) Cicero de orat. III, 28: ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur.

758) Missio sub jugum. Aehnlich das sororium tigillum, unter das Horatius hindurch mußte. Liv. I, 26.

aber, wo die Thore stehen sollen, der Pflug gehoben, um damit anzudeuten, daß hier der Ausgang frei sei. Wird das Staatsgebiet erheblich erweitert, so zum Zeichen dessen auch das Pomörium, der freie Raum an der Stadtmauer.[758a]) Der Stuhl (sella) bildet das Vorrecht des Magistrats; er darf sitzen, die Partheien müssen stehen, die Zuschauer sich mit Bänken (subsellia) begnügen. Der Todtschläger stellt an seiner Statt zur Abwendung der Blutrache einen Sündenbock (B. 1 S. 187), Mohn- und Knoblauchköpfe vertreten die ursprünglichen Menschenopfer, Binsenmänner, welche alljährlich in die Tiber gestürzt werden, sollen dem Flußgott die menschlichen Leiber ersetzen, die er als seinen Tribut fordert.[759]) Eine Maske (persona) deutet an, daß der Erbe die Person des Erblassers repräsentirt.[760])

Vor allem hat aber der menschliche Körper der Symbolik dienen müssen.[761]) Der Kopf gilt als Träger der Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit und hat für letztere den Namen hergegeben (caput, capitis deminutio). Was die ganze Person ergreift, wird daher symbolisch durch Berühren des Kopfes ausgedrückt. So erfolgt diese Berührung z. B. bei der Inauguration des Königs und bei der Freilassung;[762]) bei dem Gange zur Hinrichtung wird der Kopf zurückgebogen.[762a]) Das Nicken mit dem Kopf gilt bei Auctionen als höheres Gebot.[762b]) Die Stirn ist der Sitz

---

758a) Jedoch nur bei der Erstreckung der Herrschaft auf italiänischen Grund und Boden, Seneca de brevitate vitae c. 14.

759) Eine andere Deutung gibt Macrob. Sat. I, 11 a. E.

760) Macrob. ibid. II, 7: heredis fletus sub persona risus est.

761) Die Symbolik des menschlichen Körpers bildet den Hauptgegenstand des Werkes von Otto; es findet sich in diesem Abschnitt freilich manches Problematische.

762) Liv. I, 18 .. si est fas hunc Numam Pompilium, cujus ego caput teneo, regem Romae esse. Man wird an das alttestamentliche Salben der Könige erinnert. Ebenso beim pater patratus. Liv. I, 24.

762a) Suet. Vitell. 17 reducto coma capite, ceu noxii solent.

762b) Suet. Calig. .. capitis motu nutantem.

der Schaam, die Braut verhüllt ſie, dem Calumnianten wird auf ſie das Brandmal eingebrannt.[763]) Das Beugen des Kniees drückt die Unterwerfung aus. Des Scheeren des Haares iſt bereits oben gedacht, die Vernachläßigung deſſelben iſt das Zeichen, daß Jemand in Anklagezuſtand verſetzt iſt. Das Ohr iſt der Sitz des Gedächtniſſes, man zupft es dem Zeugen, um ſein Erinnerungsvermögen anzuregen.[764])

Die hervorragendſte Stellung unter den Körpertheilen nimmt aber die Hand ein, ſie folgt unmittelbar auf das Organ, das bei jedem Rechtsgeſchäft in Thätigkeit treten muß, die Zunge, und ſteht mit ihr, wie oben bemerkt, in engſter Verbindung. Iſt es die Zunge, die den Entſchluß verkündet, ſo iſt es die Hand, welche ihn ausführt; ſie iſt recht eigentlich das Organ des Willens und vom Standpunkt der natürlich-ſinnlichen Auffaſſung iſt „Handeln" und die „Hand rühren" gleichbedeutend. Es iſt hier nicht meine Abſicht, auf die unendlich reiche allen Völkern gemeinſame Zeichenſprache der Hand weiter einzugehen; gibt es doch kaum eine Gemüthsbewegung, welche die Hand nicht in ausdrucksvoller Weiſe zu begleiten verſteht, kaum einen ſolennen Akt aus der Kindheitszeit der Völker, bei dem ſie nicht eine Rolle ſpielt. Die dem Feinde dargebotene Hand gilt ihm als Zeichen der Verſöhnung, Handſchlag als Unterpfand der Treue bei Verſprechungen,[765]) das Schließen der beiden Hände muß die Wehrloſigkeit und Ergebung, die Vereinigung der Hände der beiden Gatten bei der Hochzeit[766]) ihre Vereinigung ausdrücken; bei der Anrufung der

763) Otto p. 132 sq.

764) Otto p. 141. 142.

765) Auch in Rom, ſ. Danz der ſacrale Schutz S. 140. Daher fidem und dextram dare gleichbedeutend. Seneca de benef. III 15 ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Die Zurückführung des Mandats auf dieſe Sitte bei Isidor Orig. V, 24, 20 (mandare) iſt eines von den vielen etymologiſchen Märchen, an denen dies Kapitel von Iſidor ſo reich iſt (ſ. z. B. oben Note 747).

766) Roßbach a. a. O. S. 308. Ebenſo bei Abſchluß eines Friedens.

Götter strecken sich die Hände gen Himmel,[767]) bei der Devotio gegen die Brust oder das Kinn,[768]) bei einer an die Menge gerichteten Aufforderung dient das Erheben der Hand oder des Fingers als Ausdruck der Bereitwilligkeit.[769])

Die für das Privatrecht bei weitem wichtigste Function der Hand besteht in dem Greifen und Ergreifen, und rücksichtlich ihrer fließen der symbolische und praktisch-realistische Gesichtspunkt fast unterschiedslos in einander über. Das Ergreifen der Sache bei der Mancipation oder des Schuldners bei der Personalexecution verstattet ebensowohl die Deutung eines ernstlich gemeinten Aktes zum Zweck der physischen Bemächtigung der Person oder Sache als die eines symbolischen Aktes zum Zweck der Kundgebung der behaupteten rechtlichen Herrschaft. Ja es bietet sich noch eine andere Deutung dar, nämlich die rein deiktische: der Gegenstand wird ergriffen, um dadurch aufs unzweideutigste darzuthun, daß er es ist, den man im Sinn hat, und für einzelne Fälle ist diese Annahme völlig unabweisbar, so z. B. für die Testamentserrichtung, wenn der Testator die Worte spricht: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt u. s. w. und dabei das Testament in der Hand hält.[770])

Das Greifen als solenne Handlung begegnet uns auch außerhalb des Rechts, namentlich bei gewissen religiösen Akten. Bei Einweihung des Tempels muß der Magistrat oder der Pontifex

---

767) Brisson. de voc. ac form. I. c. 62. Beim Votum I. c. 179. Bei dem Opfer vorheriges Waschen der Hände als Zeichen der Reinheit, I. c. 5.

768) Je nach Umständen. Vergleiche Liv. VIII, 9 mit Macrob. Sat. III, 9.

769) So in Rom namentlich bei öffentlichen Licitationen von Seiten des Steigerers, der daher man-ceps hieß. Brisson. de voc. ac form. IV c. 85. Aber auch bei andern Gelegenheiten. S. z. B. Liv. III, 46 . . . quum instaret . . ut sponsores daret . . . manus tollere undique multitudo et se quisque paratum ad spondendum ostendere.

770) Gaj. II, 104.

maximus,[771]) der den Akt vollzieht, indem er die ſolennen Dedicationsworte ſpricht, die Pfoſten des Tempels ergreifen.[772]) Bei der Anrufung der Mutter Erde in der Devotionsformel wird die Erde erfaßt,[773]) bei dem Eide und dem das Opfer begleitenden Gebet der Altar.[774]) Warum? Der Altar iſt nicht der Gegenſtand, den der Eid oder das Gebet betrifft, die deiktiſche Deutung des Greifens iſt hier alſo völlig ausgeſchloſſen. Ich meine, es iſt dieſelbe Idee, die dem Handauflegen bei Ertheilung des Segens zu Grunde liegt. Bei dem letzten Akt ſoll die Hand gewiſſermaßen den Leiter abgeben, durch den der Segen auf das Haupt des Empfängers hinüberſtrömt, der ſpirituelle Rapport, die rein geiſtige Einwirkung wird durch das Verhältniß der phyſiſchen Berührung nicht bloß ſymboliſch angedeutet, ſondern für die ſinnliche Auffaſſung dadurch überall erſt ermöglicht, ähnlich wie zur Fortpflanzung des elektriſchen Stroms eine Berührung nöthig iſt.[775])

---

771) Daß Beide die Pfoſten gehalten, wie Marquardt in Becker Handb. der röm. Alterth. IV S. 226 annimmt, beruht auf Mißverſtändniß und wäre eine Monſtroſität geweſen, es hätten denn Beide zugleich dediciren müſſen, was wiederum nicht möglich. Der Pontifex ward da, wo er nicht ſelbſt dedicirte, dadurch nicht dedicirendes Subject, daß er dem dedicirenden Magiſtrat die Formel vorſprach.

772) Liv. II, 8. Cic. pro domo 46, 47. Val. Max. V, 10 §. 1. Serv. ad Georg. III, 16. Daher die Wendung dedicare, consecrare manu Cic. de leg. II, 2, pro domo 40, u. a.

773) Bei Macrob. Sat. III, 9. Ebenſo beim Votum an die Ops I, 10 und bei den religiöſen Spielen. Cic. de harusp. resp. 11: si puer ille patrimus et matrimus terram non tenuit. Arnob. adv. gent. IV, 31.

774) Ueber den Eid ſ. die Belege bei Briss. a. a. O. VIII, c. 10 und Danz der ſacrale Schutz S. 45, 113; über das Opfer bei Briss. I. c. 63 namentlich Macr. Saturn. III, 2 . . . quod litare sola non possit oratio, nisi is qui deos precatur etiam aram manibus apprehendat. Wer beim Zeus ſchwor, dem Träger des Donnerkeils, hatte als Andeutung daran einen Feuerſtein in der Hand. Festus: Lapidem silicem tenebant juraturi per Iovem.

775) Deutet Macrobius mit den geſperrten Worten der vorigen Note nicht auf dieſe Idee hin, daß das bloße Wort zu wenig ſubſtantiell ſei, um

Läßt sich nun diese Tendenz der substantiellen Substruction spiritueller Einwirkungen und Beziehungen in diesen und andern Fällen nachweisen, so werden wir schwerlich fehl greifen, wenn wir ihr auch für das Recht eine gewisse Geltung vindiciren. Die abstracte Erfassung des Willens als einer spiritualistischen Potenz d. h. als einer Macht, die durch das bloße Aussprechen, Verkündigen des Entschlusses ihre schöpferische Kraft bethätigt, ist der natürlich sinnlichen Periode zu hoch, der Zug des Materialistischen, der allen ihren Begriffen und Anschauungen eigen ist (§. 43), verläugnet sich auch in ihrem Willensbegriff nicht. Die innere Beziehung, in die der Wille zu einem Gegenstand treten will, muß die äußere, die rechtliche Ergreifung die physische zu ihrem Substrat haben, der Wille muß, so zu sagen, substantiell in die Sache hinüberströmen, um sie mit seiner Macht und Kraft zu durchdringen. Das Organ aber, in dem diese Macht und Kraft zur Verwendung nach außen hin bereit liegt, ist die Hand. Denn die Hand ist der eigentliche Sitz der activen physischen Kraft. So wird also die Hand das Werkzeug, das Symbol und die Bezeichnung (Manus) der rechtlichen Herrschaft.[776])

Sie wird das Werkzeug. Wo die rechtliche Herrschaft begründet werden soll, muß die Hand das Object derselben ergreifen. So zunächst bei der Mancipation beweglicher Sachen.[776a]) Ob

---

zu genügen? — Beruhte auf dieser Vorstellung auch die Sitte (die Stellen bei Briss. I. c. 49) die den Göttern gebrachten Geschenke an die Pfosten der Tempel aufzuhängen?

776) Die relativ niedere Natur der factischen Herrschaft des Besitzes gegenüber der rechtlichen des Eigenthums drückt die Sprache dadurch aus, daß sie jenes Verhältniß als bloßen Zustand des Seins auf und in der Sache (Sitzen: Besitzen, sedere: possidere) erfaßt, dieses dagegen als Gewaltverhältniß (manus), es liegt darin die geringere Anspannung der Kraft und des Willensvermögens ausgesprochen.

776a) Gaj. I, 119, 121. An der ersten Stelle hat die Handschrift „rem tenens". Wenn Böcking u. Huschke auf Grund der Autorität von Boethius ad Top. c. 5 (Orelli p. 322) und Varro de L. L. IX §. 183 (eine Stelle, die auch auf das Nexum bezogen werden kann) das handschriftliche

daſſelbe nicht auch in älteſter Zeit für unbewegliche Sachen galt — etwa in der Weiſe, daß wie bei der Vindication eine Scholle ſie repräſentirte[776b]) — darüber gebricht es uns an jedem äußern Anhaltspunkt.[776c]) Zu Gajus Zeit ſetzte man ſich bei ihnen ſogar über das Erforderniß der Anweſenheit hinweg; die Art, wie er ſich darüber ausdrückt,[777]) läßt deutlich erkennen, daß er darin eine Abweichung von dem urſprünglichen Weſen der Mancipation erblickt, die ſich auf nichts anders ſtütze, als daß es einmal ſo gehalten werde (solent mancipari). Daß auch bei der in jure cessio das Ergreifen der Sache nöthig war, ergibt ſich nicht bloß aus der entſprechenden Beſtimmung der Vindication, von der ſie nur eine Nachbildung enthält, ſondern wird von Gajus (II, 24 . . rem tenens) ausdrücklich betont. So ferner bei dem capere der zum Veſtadienſt beſtimmten Jungfrau von Seiten des Pontifex maximus (B. 1 S. 113) und bei dem Faſſen der Braut

---

„rem" (tenens) in aes verwandeln beziehungsweiſe daſſelbe auf „mancipio accipiebat" beziehen und ein aes einſchieben wollen, ſo ſcheint mir dies höchſt bedenklich. Daß der Empfänger die Sache ergreifen müſſe, ſagt Gajus in der zweiten Stelle ausdrücklich; mit welcher Hand ergriff er nun das „aes", mit derſelben oder mit der linken? Wozu auch das Ergreifen des aes, bevor es gegeben war? Das Ergreifen der Sache war in demſelben Moment nöthig, wo das hunc hominem meum esse ajo ausgeſprochen ward; ſo war es bei der vindicatio, und nach dem Geſetz der Correſpondenz der Form zwiſchen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts (§ 47b]) werden wir daſſelbe auch für die mancipatio annehmen müſſen.

776b]) So ſchon Bynkerhoeck (opusc. de reb. manc. c. 10) und neuerdings van Assen Annot. ad Inst. Gaj. I, 121 — zwei Citate, die ich auf Dirkſens Auctorität hin (Sell, Jahrbücher II S. 72) nachſchreibe.

776c]) An Parallelen aus andern Rechten fehlt es bekanntlich nicht; für das ältere deutſche Recht iſt dies bekannt, für das engliſche Recht ſ. Gundermann, engl. Privatrecht I S. 205.

777) Gaj. I, 121 . . . item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur, praedia vero absentia solent mancipari.

von Seiten des Bräutigams bei der Hochzeit.[778]) Dagegen ist das Volk, wenn es Eigenthum erwirbt oder gewährt, an dieses Requisit nicht gebunden (B. 3 Abth. 2), denn der Wille des Volks besitzt, auch ohne daß er sich reel bethätigt, die nöthige Macht und Kraft, das beabsichtigte Verhältniß ins Leben zu rufen. Daher geht durch Addiction, Assignation und auch, weil es sich ursprünglich auf eine lex des Volks stützte, durch das Testament (Erbschaft und Legat) das Eigenthum ohne äußere Bemächtigung der Sache über. Daß es bei Obligationen der Thätigkeit der Hand nicht bedarf, hat darin seinen Grund, daß es sich bei ihnen weder um eine Herrschaft an einer Person, noch an einer Sache handelt; das substantielle Element des Willens liegt hier in etwas anderem (B. 3 Abth. 2). Kommt es jedoch zur Personalexecution, durch welche sich der Anspruch gegen oder an die Person in ein Recht an der Person verwandelt, so ist consequenter Weise wiederum die Hand erforderlich (manus injectio). Ebenso wiederholt sie sich in dem manum conserere des Vindicationsprocesses. Der Vindicant und nach ihm in derselben Weise der Contravindicant ergreift mit der einen Hand die Sache, mit der andern die Vindicta und berührt mit ihr die Sache, indem er dabei die solennen Worte spricht.[780]) Bei beweglichen Sachen geschieht dies an der Gerichtsstätte, bei unbeweglichen verfügten sich ursprünglich die Partheien mit dem Gerichtspersonal (Prätor und Lictoren) und Zeugen (superstites) an Ort und Stelle, also der Akt ward vor Gericht (in jure im Sinne der XII Tafeln[781])) vorgenommen. Späterhin gingen die Partheien ohne den Prätor hinaus, der Akt ward also ein außergerichtlicher, wie dies durch die Aufforderungsformel: ex jure (vom Gericht weg) manum consertum vocare[782]) angedeutet wird, ja schließlich ersparten sie sich diesen das Verfahren unterbrechenden Gang dadurch,

778) Roßbach a. a. O. S. 328.

780) Gaj. IV, 16.

781) So stellt Gell. XX, 10 wenigstens die Sache dar.

782) Cic. pro Mur. c. 12. Ich komme auf die Formel später zurück.

daß ſie von vornherein die das Grundſtück repräſentirende Scholle (S. 498) mitbrachten, zu der ſie dann als zum Grundſtück ſelbſt (wenn auch mit zwei Schritten) ſich hinausverfügten d. h. der Akt blieb juriſtiſch ein außergerichtlicher.[783] Dieſe effective Aufgabe des Requiſits der Präſenz bei der Vindication unbeweglicher Sachen ſchloß mit Nothwendigkeit auch die Aufgabe deſſelben für die Eigenthumsübertragung an ihnen in ſich. Denn was für die Vindication, war eben damit auch für die Abtretung vor Gericht zugelaſſen. Das Holen der Scholle konnte für beide Verhältniſſe keine Schwierigkeiten machen. Wenn die Partheien einig waren, die Scholle, anſtatt von dem vielleicht einige Tagereiſen weit entfernten Grundſtück, vom erſten beſten zu nehmen, wer hatte ein Intereſſe oder ein Recht, es ihnen zu wehren, oder ſollte etwa der Prätor den Beweis auferlegen, daß die Scholle wirklich von jenem Grundſtück ſtamme? Kurz in Wirklichkeit war ſowohl für die Vindication als die Abtretung vor Gericht die Nothwendigkeit ſich auf das Grundſtück zu begeben

783) Keller, Der röm. Civilproceß §. 14 conſtruirt den Vorgang etwas anders, indem er den Bericht von Cicero und Gajus in einer Weiſe combinirt, die ihm ſelbſt nicht ganz unbedenklich erſcheint. Ex jure vocare kann aber nur den Sinn haben: zu einem Akt aufzufordern, der nicht in jure vorgenommen werden ſoll, dieſer Akt aber wird bezeichnet nicht als Holen der Scholle — die muß bereits da ſein — ſondern als „manum conserere“. Daſſelbe geſchieht alſo extra jus, möge es an dem Grundſtück ſelbſt oder an der daſſelbe repräſentirenden Scholle vorgenommen werden, und eben dieſe Abweichung von dem in jure manum conserere der XII Tafeln (Gell: contra XII tabulas) wird durch jenes: ex jure . . . vocare in ſolenner Weiſe kundgegeben. Nach der Kellerſchen Auffaſſung würden die Partheien im Widerſpruch mit dieſer Formel das manum conserere in jure vornehmen und (vermöge der Scholle) ein Grundſtück vor Gericht bringen, extra jus hingegen das nicht thun, zu dem ſie ſich durch die obige Formel auffordern: das manum conserere, und wiederum zu dem, was ſie thun: zu dem Holen der Scholle, ſich nicht auffordern. Mit der Rückkehr vor Gericht iſt meiner Anſicht nach der Akt des manum conserere beendet, nach Keller (und ebenſo Puchta Inſtit. II §. 162 Note o im Texte) beginnt er erſt jetzt. — S. jetzt hierüber Karlowa, Beiträge zur Geſchichte des röm. Civilproceſſes Bonn 1865 S. 2 fl.

erlassen. Damit hatte letztere aber einen bedeutenden Vorsprung vor der Mancipation erlangt, und sollte diese bei unbeweglichen Sachen nicht aus dem praktischen Gebrauch verschwinden, so mußte man sich bei ihr zu derselben Concession verstehen. Der Uebergang ward hier vielleicht in derselben Weise wie dort durch Repräsentation des Grundstücks vermittelt, bis man letztere in allen Anwendungen aufgab.

Das manum conserere bei der Vindication läßt sich unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen. Einmal nämlich unter den, daß die Hand, wie sie Recht schafft, so auch dem Inhaber desselben dazu dienen soll, sich Recht zu verschaffen, und für diese Deutung spricht theils die Bezeichnung des Akts als vindicatio (vim dicere B. 1 S. 163), theils die manus injectio bei der Personalexecution. Sodann aber kann die Hand in jener Anwendung auch eine bloße symbolische Darstellung des in Anspruch genommenen Rechts sein, die Kundgebung, daß es sich hier um eine in der Herrschaft (manus) der Parthei befindliche Sache handle. Das manum conserere würde hiernach nichts anders sein als ein beiderseitiges manum (dominium, potestatem sibi) asserere, eine plastische Behauptung des Eigenthums, und vermittelst dieser Auffassung würden wir in diesem Akt einen Ausfluß des unten zu erörternden Gesetzes der Correspondenz der Form erhalten: eine Repetition der Hand bei der Begründung und Geltendmachung des Rechts.

Man möchte noch einen Anwendungsfall der Hand vermissen. Bedarf es nicht eines Entlassens aus der Hand von Seiten dessen, der das Eigenthum überträgt oder aufgibt? Hier greift die bereits früher (B. 1 S. 110) erörterte Auffassung des alten Rechts in Bezug auf den Charakter der Eigenthumsübertragung ein. Der Nachdruck ruht bei letzterer auf dem Nehmen, nicht auf dem Geben, eine active Thätigkeit wird nur von Seiten des Erwerbers verlangt, für den Geber genügt ein passives Verhalten: das Dulden des Nehmens. Nur in einem Fall bedarf es, eben weil kein Nehmer auf der andern Seite gegenüber

ſteht, als Zeichen der Aufgabe des Rechts eines Loslaſſens aus der Hand (e manu mittere) nämlich bei der Manumissio. Indem der Herr des Sklaven die ſolenne Formel ſpricht, muß er die Hand an ihm halten zum Zeichen, daß er noch ihm gehöre; nachdem er ſie geſprochen, läßt er die Hand los zum Zeichen, daß er jetzt ſeine Macht aufgegeben habe.[784])

Dieſer letzte Akt liefert uns zugleich einen Beleg für die obige Behauptung, daß die Hand nicht bloß ein Mittel zur Begründung der rechtlichen Herrſchaft, ſondern auch ein Symbol für ſie hergegeben hat; in welchem Maße dies auch rückſichtlich des Namens (manus) der Fall war, iſt bereits B. 2 S. 153 bemerkt worden.

Das Wort — die Formel und das Formular. — Die ſolennen Ausdrücke und Formeln — Unabänderlichkeit derſelben. — Nothwendigkeit des Sprechens.

XLVII[a]. Von ungleich höherem Intereſſe als das erſte, im bisherigen betrachtete Element der formellen Geſchäfte: die Handlungen und Zeichen, iſt das zweite: das Wort. Wir können das hiſtoriſche Verhältniß beider im allgemeinen dahin angeben, daß jenes ſeinen Urſprung und ſeine Geſtaltung mehr dem Leben und der Sitte, dieſes ſie mehr der Jurisprudenz verdankte. Darin liegt eine doppelte Differenz beider. Zuerſt die ihrer juri-

784) Fest: Manumitti . . . caput aut aliud membrum tenens dicebat . . . et emittebat. Wie bei der Vindication, (und urſprünglich ſicher auch der Abtretung vor Gericht) kehrt auch hier die Auflegung der Vindicta wieder. Ueber die ſymboliſche Bedeutung des Schlages, den der Sklav erhält (Unterholzner in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 2 Abh. V Anm. 20, 25, 29) kann man verſchiedener Anſicht ſein. Das Herumdrehen des Freizulaſſenden — ein Akt, der auch bei der Emancipation vorkam, ſ. z. B. L. 6 Cod. de emanc. lib. (8. 49): circumductiones — iſt bereits früher (S. 492) von mir zu erklären verſucht. Uebrigens wiederholte ſich derſelbe Akt auch in einer Anwendung, in der eine andere Deutung nothwendig wird, nämlich bei der Anbetung der Gottheit, ſ. die Stellen bei Brissonius l. c. 58.

stisch-künstlerischen Gestaltung und *Durchbildung* — das Formelwesen ist der Culminationspunkt der juristischen Kunst, jedes Wort fast verräth die Hand des Juristen. Und sodann die Differenz ihrer juristischen *Geltung*. Viele der oben mitgetheilten Handlungen und Gebräuche waren rechtlich keineswegs nothwendig, vielmehr ein bloß decorativer Zusatz, den der Verkehr aus freiem Antriebe den Rechtsgeschäften hinzufügte. Die Worte und Formeln hingegen, die wir im Folgenden kennen lernen werden, waren absolut obligater Natur; der Nichtgebrauch derselben machte das ganze Geschäft *nichtig*.

Eben dadurch unterschied sich die *Formel* zugleich vom *Formular*. Die Benutzung jener beruhte auf rechtlicher *Nothwendigkeit*, die dieser auf *freier Wahl*, jene war die ausschließliche Form, in der ein bestimmtes Geschäft bei Strafe der Nichtigkeit abgeschlossen werden *mußte*, diese bot lediglich eine Anleitung zur geschickten und umsichtigen Abschließung desselben, einen Entwurf, dessen Werth theils durch die genaue Berücksichtigung aller bei demselben zu beachtenden *materiellen* Punkte und Umstände, theils durch die vorsichtig und als angemessen erprobte *formelle* Redaction desselben bedingt war. Das Formular gewährt uns daher ein treues Bild des Geschäfts selbst nach seinem ganzen Umfang und Inhalt, während die Formel regelmäßig abstracterer Art war, eine Einleitungs- oder Schlußwendung oder eine concentrirte Angabe der wesentlichen Punkte enthielt, zu der dann die concretere Ausfüllung erst hinzukommen mußte.

Der Gebrauch der Formulare für Rechtsgeschäfte empfiehlt sich in dem Maße durch Rücksichten der Bequemlichkeit und Zweckmäßigkeit, daß wir ihn wenn auch in sehr verschiedenem Grade zu allen Zeiten und in allen Rechten wiederfinden. Ueberhebt das Formular einerseits die Contrahenten der Mühe der eigenen Abfassung und bietet es ihnen dafür eine Fassung, die, in der Regel von kundiger Hand entworfen, im Leben bereits ihre Probe bestanden hat, so sichert es ihnen andererseits den Vortheil, sie auf

alle bei dem Geſchäft in Obacht zu nehmenden Punkte aufmerkſam zu machen, es leiſtet ihnen in der That den Dienſt, dem manche Sammlungen derſelben ihren Namen entlehnt haben, den „eines getreuen und fürſichtigen Rathgebers."

Zu dieſen für alle Zeiten Anwendung findenden Gründen geſellen ſich nun für gewiſſe Culturſtufen der Völker und Rechte noch andere hinzu, die dieſer Einrichtung für ſie eine erhöhte Brauchbarkeit und Geltung verſchaffen. In einer Zeit, wo die Schreibkunde und die Herrſchaft über die Sprache keine allgemeine Verbreitung erlangt hat, wird Jeder, der derſelben ermangelt, bei allen einigermaßen wichtigen und complicirten Geſchäften faſt gezwungen ſich eines Formulars zu bedienen. Damit trifft ein anderer Umſtand zuſammen. Jene Stufen der Rechtsentwicklung, die wir hier im Auge haben, ſind zugleich die, auf denen das Recht und namentlich das ſ. g. dispoſitive (beſſer vielleicht: das ſupplettoriſche) Recht am wenigſten entwickelt iſt. Unſer heutiges Recht ergänzt in vielfacher Weiſe den ausgeſprochenen Willen der Partheien, insbeſondere bei Verträgen. Eine Menge von Punkten brauchen nicht ausdrücklich ausgemacht zu werden, das Geſetz ſupplirt ſie als präſumtiven Willen der Parthei (ſ. g. naturalia negotii), ſo z. B. beim Kauf den Anſpruch des Verkäufers auf Zinſen des Kaufpreiſes nach Lieferung der Sache, ſo im ſpäteren römiſchen Recht beim pignus das Recht des Pfandverkaufs, das früher durch ein ausdrückliches pactum de vendendo hatte ausbedungen werden müſſen, ja in einigen Fällen das Pfandrecht ſelbſt (pignus tacitum). Bei einer ſolchen Geſtalt des Rechts können ſich die Partheien, meiſtens ohne ſonderlich Gefahr zu laufen, auf die Hauptpunkte des Geſchäfts beſchränken; das Geſetz, die Jurisprudenz thut ein übriges. Anders aber auf der von uns ſupponirten Entwicklungsſtufe des Rechts. Hier fehlt es noch an jener Ergänzung des Willens; was gelten ſoll, muß von den Partheien ſelbſt geſetzt ſein, die „lex contractus" muß um ſo vollſtändiger ſein, als die lex publica lückenhaft iſt (S. 284). Eine Menge von Beſtimmungen, die in ſpäterer Zeit die letztere

Form angenommen haben, mußten sich Jahrhunderte lang mit der ersteren begnügen.[785])

Für das alte Rom speciell kam schließlich noch ein fernerer Grund hinzu. Er lag in der formalistischen Strenge des ältern Rechts und Processes. Was half es, wenn ein Vertrag oder ein Testament in materieller Beziehung auch noch so vollständig abgefaßt, dabei aber ein Ausdruck gebraucht war, an dem die stricte Wortinterpretation der ältern Zeit Anstoß nahm? Die Ersichtlichkeit und völlige Zweifellosigkeit des wirklichen Willens glich den Mißgriff in den Worten nicht aus. Hier also kam es vor allem darauf an, sich auch rücksichtlich des Ausdrucks sicher zu stellen, und welche größere Sicherheit ließ sich denken als die Wahl einer Fassung, die bereits in andern Fällen mit Erfolg zur Anwendung gekommen war, die das gefährliche Fahrwasser des ältern Processes bisher glücklich durchschifft und so zu sagen die exegetische Feuer- und Wasserprobe unversehrt bestanden hatte?

Kein Wunder also, daß jene Einrichtung im ältern Rom eine Verbreitung und Geltung fand, für die uns die Gegenwart jeden Vergleich versagt. Zeugniß dafür legt ab zunächst die hohe Schätzung, ja die literar-historische Celebrität, deren sich die Concipienten und Sammler der Formulare erfreuten.[785a]) Ein neues, geschickt abgefaßtes Formular brachte seinem Urheber mehr Ehre, Anerkennung, Ruhm beim Volke als heutigen Tages die beste juristische Leistung je in Aussicht hat, und im Namen des Formulars selbst verherrlichte die dankbare Nachwelt noch lange das Ge-

---

785) Im dritten System werde ich diesen Uebergang conventioneller Bestimmungen in gesetzliche an verschiedenen Beispielen erläutern; es ist eine der beachtenswerthesten Erscheinungen in der Bildungsgeschichte des spätern Rechts, manchen Rechtssatz kann man nur dann wirklich verstehen, wenn man ihn in seiner vorgesetzlichen d. h. rein vertragsmäßigen Form kennt.

785a) So auch in England. Gundermann a. a. O. S. 211 „die Fertigung und Auslegung der gesiegelten oder förmlichen Urkunden, von welchen bloße Handschriften wohl zu scheiden sind, bildet schon frühzeitig eine eigene Wissenschaft mit einer selbständigen Literatur."

dächtniß des Erfinders.[786]) Selbſt die bloßen Sammler gangbarer Formulare machten ſich damit einen Namen, wie z. B. Mamilius durch die nach ihm benannten,[787]) und zum vollſtändigen Hausinventar eines geſetzten römiſchen Hausvaters gehörte ſicherlich, wie heutzutage bei Bürger und Bauer eine Sammlung von Hausmitteln aller Art oder ein Briefſteller, ſo damals eine Sammlung ſolcher juriſtiſcher Recepte. Schriftſteller, die Dinge des praktiſchen Lebens behandelten, wie z. B. den Landbau, vergaßen nicht, auch die dahin einſchlagenden juriſtiſchen Recepte mitzutheilen, und in den uns erhaltenen Schriften von Cato und Varro figuriren friedlich neben einander Anweiſungen zur Bereitung des Miſtes und Moſtes, zur Heilung der Krätze des Viehs und Zauberſprüche gegen Podagra mit wohl clauſulirten Anleitungen und Formularen zum vorſichtigen Ankauf des Viehs, zum Verdingen der ländlichen Arbeiten, zum Verkauf der Früchte und andern Geſchäften.[788])

Wir ſind leicht geneigt, wie den Werth und das Verdienſt, ſo auch die Schwierigkeiten der Anfertigung ſolcher Formulare zu unterſchätzen. Ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einſchlagen konnte, und die er bis dahin vielleicht ſchon lange vergebens geſucht hatte; es war eine in prak-

786) Welcher Juriſt kennt nicht die stipulatio Aquiliana von Aquilius Gallus (zur Zeit Cicero's)? Von ſeinen Schriften iſt uns nichts erhalten, aber jene stipulatio, die postumi Aquiliani und die formulae (actio) doli mali haben ſeinen Namen auf die Nachwelt gebracht. Ein anderes Beiſpiel gewährt die cautio Muciana ſeines Lehrers Q. Mucius Scävola. Die Sache erinnert an eine ähnliche Erſcheinung auf dem Gebiete der Medicin. Neben dem Ruhm der Unſterblichkeit, die ſich an die Erfindung von nach ihrem Urheber benannten Tropfen, Pillen, Salben, Pflaſtern, Pulvern u. ſ. w. knüpft, erblaßt der Glanz manches der gefeierteſten mediciniſchen Namen.

787) Varro de re rust. II, 5, 7.

788) S. z. B. Cato de re rustica 144: oleam legendam hoc modo locare oportet, 145 . . faciendam hac lege und die folgenden Kapitel. Varro de re rustica II, 2: emtor stipulatur prisca formula sic; c. 3. 4, 5: eos cum emimus domitos, stipulamur sic . . . cum indomitos, sic.

tischer Beziehung ungleich wichtigere Leistung als wir von unserm Standpunkt aus uns denken, und der Vergleich mit der Erfindung eines probaten medicinischen Hausmittels, das viele medicinische Bücher aufwiegen kann, trifft auch in dieser Beziehung zu. Die Schwierigkeiten lagen nicht bloß darin, worin wir heutzutage sie allein suchen würden: in der genauesten Beachtung aller irgendwie in Betracht kommenden Punkte, in der Berechnung und Berücksichtigung aller Eventualitäten, der sorgfältigsten Wahl des Ausdrucks. Es gesellten sich noch zwei andere durch die Eigenthümlichkeit des ältern Rechts geschaffene hinzu. Einmal nämlich die Anforderung einer *kunstgerechten Redaction* im Sinne der ältern Jurisprudenz (s. u.) und sodann eine andere, die ich hier nur andeuten kann und erst bei einer andern Gelegenheit (B. 3 §§. 56, 58) genauer besprechen werde. Nicht selten nämlich kam es darauf an, erst durch eine geschickte Manipulation, durch Umwege u. s. w. die *juristische Möglichkeit* des Geschäfts zu vermitteln, den Gesichtspunkt aufzufinden, der demselben freien Eingang ins Recht gewährte. Kurz es galt eine eigenthümliche Aufgabe der *juristischen Construction*, die einerseits nicht bloß die vollständige Beherrschung des Rechts, sondern andererseits ein gewisses Geschick und Erfindungsvermögen voraussetzte.

Das Material, das uns für die im Folgenden zu versuchende Bearbeitung des Formelwesens zu Gebote steht, leidet an einer doppelten Unvollkommenheit. Zunächst sind uns nämlich von einer nicht unbeträchtlichen Zahl von Rechtsgeschäften die betreffenden Formeln theils gar nicht, theils lückenhaft erhalten,[789] und von dem großen Vorrath der Formeln des Legisactionen-

789) So fehlen uns z. B. *gänzlich*: die Formeln der confarreatio, diffarreatio, coemptio, des nexum; bei den von Gajus III, 174 und II, 104 mitgetheilten Formeln der nexi solutio und familiae mancipatio sind gerade die entscheidenden Worte ausgefallen, und welchen Werth die Restitutionsversuche haben, davon unten.

Proceſſes (ſ. u.) beſitzen wir kaum mehr als die eine und andere. Sodann und vor allem aber ſtützt ſich das meiſte, was wir wirklich haben, wenigſtens die Formeln und Notizen, welche das Privatrecht betreffen, auf die Referate der ſpätern klaſſiſchen Juriſten, und die theilen uns regelmäßig nur das zu ihrer Zeit Geltende mit. Die Annahme, daß dies ſtets auch das Urſprüngliche geweſen, iſt aber aus dem Grunde höchſt mißlich, weil die Bande des Formalismus ſich nachweisbarermaßen zu ihrer Zeit ſchon vielfach gelockert hatten. Der Geiſt der alten Jurisprudenz, jene Peinlichkeit und Strenge in den Worten, der Sinn und das Verſtändniß für das Formelnweſen war bereits im Scheiden. Ein alter Juriſt hätte ſich nie auch nur die geringſte Abweichung in der Mittheilung einer Formel erlaubt; an derartigen Beiſpielen aus der ſpätern Zeit fehlt es keineswegs.[790] Neben der alten Formel wurden zur Auswahl andere neuere zugelaſſen — ebenfalls ein entſchiedener Abfall vom Geiſt der älteren Zeit, denn die duldete, ſo weit ich habe bemerken können, für jedes Geſchäft nur eine Formel. Für einzelne Fälle gewähren die Quellen noch die Möglichkeit, dieſen Abſtand zwiſchen der alten und neuern Zeit, ja ſogar den zwiſchen der nur durch ein halbes Jahrhundert getrennten Zeit des Gajus und des Ulpian ſtreng nachzuweiſen. So erklärt jener eine Ungenauigkeit in der Faſſung der Stipulation für ſchädlich, die dieſer als einflußlos bezeichnet.[791] So kennt Ulpian drei Formeln der Erbeseinſetzung, die uralte: heres esto, und zwei andere, von denen Gajus nur eine für zuläſſig erklärt, und dies in einer Weiſe, aus der man deutlich erſieht, daß man ſich erſt um ſeine Zeit darüber geeinigt hatte.[792] Ein ähnliches

790) Man vergleiche z. B. die Mancipationsformel bei Gaj. I, 169: isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra mit der bei Paulus Vat. fr. §. 50 emtus mihi est pretio und die Verwechslung der Conjunction cum und quod bei Ulp. XXII, 28 und Gaj. II, 166.

791) Vergleiche Gaj. III, 102 mit L. 1 §. 4 de V. O. (45. 1).

792) Ulp. XXI. Gaj. II, 117 . . sed et illa (heredem esse jubeo) jam comprobata videtur.

Verhältniß waltet zwischen den von ihnen angegebenen Formeln der Vermächtnisse ob.[793] Was hier zufälligerweise nachweisbar ist — und es ist dies erst seit Auffindung des Gajus — wird sich auch in andern Fällen wiederholt haben, von denen uns keine Kunde aufbewahrt ist. Solche Beobachtungen mahnen aber zur Vorsicht und Kritik in der Benutzung des Materials.

Auf welche Unterlage kann diese Kritik sich stützen? Das Formelnwesen beschränkte sich, wie ich früher bemerkt habe, keineswegs auf den Proceß und das Privatrecht, sondern erstreckte sich auch auf das öffentliche und geistliche Recht und die Religion, und zwar entstammte es in allen diesen Anwendungen einer und derselben Hand: der der Pontifices (§. 42). Dies ist ein höchst wichtiger Umstand. Denn er erschließt uns für unser Unternehmen eine reichhaltige Quelle des Materials, er verstattet uns nämlich, die Lücken des einen Theiles aus dem andern zu ergänzen, und gibt damit der ganzen Untersuchung mehr Halt und Festigkeit. Besonders werthvoll wird er aber dadurch, daß gerade jene Anwendungsgebiete des Formalismus, die uns zunächst nicht interessiren, Formeln aufzuweisen haben, welche unläugbar in das früheste

---

793) Gaj. II, 201. Ulp. XXIV, 4. s. Note 827a. Die Formel: dare jubeo kennt Gajus noch nicht, und es ist daher nicht zu rechtfertigen, wenn die Herausgeber (auch Huschke und Böcking) bei II, 267, wo die Handschrift eine absolute Lücke hat, neben der Formel: liber esto aus Ulpian II, 7, auch die: liberum esse jubeo in den Text gesetzt haben. Letztere war hier sowohl als bei dem Legate und der Erbeseinsetzung jüngern Ursprunges: L. 52 de man. test. (40. 4). Wären unter den „imperatores" dieser Stelle auch nicht Sever und Caracalla, sondern Mark Aurel mit seinem Bruder oder Sohn zu verstehen, hätte also die hier erwähnte Constitution dem Gajus bekannt sein können, so würde er hier so wenig wie bei der Erbeseinsetzung den so neuen Ursprung dieser Formel zu erwähnen unterlassen haben. Es zeigt sich hier, wie mißlich es ist, Formeln ohne handschriftliche Autorität in den Text aufzunehmen; in unserm Fall hat man dem Gajus geradezu einen Anachronismus aufgebürdet. — Gegen ein solches Verfahren kann meines Erachtens die Wissenschaft nicht laut genug Protest erheben — Hypothesen stehen Jedem frei, aber in den Text soll Niemand etwas als quellenmäßig setzen, was nicht darin steht.

Alterthum hinaufreichen, wie z. B. die von Livius mitgetheilten des jus fetiale (ſ. u.). Legen wir dieſe und andere unſerer Unterſuchung zu Grunde, ſo wird es uns gelingen, uns des weſentlichen Kerns des alten Formelnweſens zu bemächtigen. Was von den Formeln oder den auf ſie bezüglichen Erſcheinungen der ſpätern Zeit mit dem ſo Gefundenen im entſchiedenen Widerſpruch ſteht, von dem werden wir behaupten dürfen, daß es, weil den Charakter der alten Zeit verläugnend, neuern Urſprungs ſein muß.

Der formelle Charakter unſeres zweiten Elements der Rechtsgeſchäfte beruhte auf zweierlei: (1) es waren beſtimmte Worte, und dieſelben mußten (2) geſprochen werden. Unterziehen wir dieſe beiden Momente einer nähern Betrachtung.

1. Moment der Beſtimmtheit.[794])

Es waren beſtimmte d. h. ein für alle Mal vorgeſchriebene Worte oder Sätze, deren ſich die Partheien für die verſchiedenen Rechtshandlungen, ſowohl des Proceſſes als des Verkehrs zu bedienen hatten. Dieſe Beſtimmtheit aber war graduell verſchieden. Bei der einen Handlung war die Parthei mehr, bei der andern

---

794) Verba certa, solennia (d. i. sollo = toto anno = alljährlich wiederkehrende) legitima (ſtreng genommen die einer lex entnommenen, allein der Sprachgebrauch iſt ein weiterer). Ulp. IX, 1. XIX, 3. Gaj. I, 112. IV, 29. Gell. XI, 1. Briss. l. c. 181. Bei Nichtjuriſten andere Ausdrücke z. B. carmen, solenne carmen, certa nuncupatio verborum und auch formula in Anwendung auf Rechtsgeſchäfte (bei Juriſten vorherrſchend von der Formula des Formularproceſſes gebraucht, bei Gaj. IV, 24 forma für eine legis actio, ſ. auch L. 2 §. 7, 12 de orig. jur. 1. 2). Der Ausdruck: concepta verba (z. B. beim Eid: Briss. VIII, 10, und Formularproceß) weiſt auf die Abfaſſung im einzelnen Fall hin, allein wie die conceptae feriae (im Gegenſatz der stativae, die ipso jure an beſtimmte Tage geknüpft waren) dem Herkommen nach zum Theil immer auf gewiſſe Tage gelegt wurden, alſo ſtehend waren (Macrob. Sat. I, 16), ungeachtet ſie ihrem Begriff nach lediglich auf der freien Beſtimmung des Magiſtrats beruhten, ſo auch vielfach die concepta verba.

weniger eingeengt, bald war es eine längere Formel, eine ganze Litanei, die sie nachzubeten hatte, bald nur ein einzelnes Schlagwort, ein das Geschäft bezeichnender Kunstausdruck, den sie gebrauchen mußte — gewissermaßen eine bloße, dem Geschäft anzuheftende Etikette. Begreiflicherweise mußte überall dem concreten Inhalte des Geschäfts Raum gelassen werden sich zu entfalten, jedes einzelne Geschäft bestand daher nothwendigerweise aus einer Combination eines abstracten und concreten Bestandtheils. Aber in sehr verschiedener Weise. Es liegt z. B. auf der Hand, daß der Proceß sich nicht ausschließlich in fest bestimmten Formeln bewegen konnte, der freien Verhandlung der Partheien mußte ein angemessener Spielraum gelassen werden, und nur für die entscheidenden Momente desselben mochte man zur bestimmteren Hervorhebung derselben die Benutzung einer Formel verlangen. [795]) Eine Fixirung und Concentrirung des eigentlichen Streitpunktes in Form einer Thesis ist wie für eine Disputation so auch für den Proceß von großem Nutzen. Ohne die der Verhandlung nöthige Freiheit zu beeinträchtigen, verhindert sie, daß der Streit sich nicht ins Unbestimmte verliere, und schließlich gar der eigentliche Streitpunkt zweifelhaft werde. Unser heutiger Proceß macht den Mangel dieser Einrichtung vielfach sehr fühlbar.

Im Unterschiede vom Proceß war dagegen das Testament, sowohl rücksichtlich seiner Einrichtung im Ganzen als seiner ein-

795) In der Vindicationsformel bei Gajus IV, 16 wird auf einen solchen vorausgegangenen freien Vortrag der Parthei Bezug genommen: .. secundum suam causam, sicut dixi. Diese Bedeutung des „sicut dixi" wird freilich von Manchen bestritten, s. z. B. Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 14 fl. Wenn Keller, der römische Civilproceß §. 18 es für möglich hält, daß schon im Legisactionenproceß bei der legis act. per condictionem „die verba solennia ganz hinweggefallen seien oder doch auf weniges reducirt wurden", so wird gegen die letztere Möglichkeit Niemand etwas einzuwenden haben, die erstere aber steht mit allem, was wir vom alten Recht und Proceß wissen, in so schneidendem Widerspruch, daß ich kaum begreife, wie ein Mann wie Keller sich zu einer solchen Behauptung hat verstehen können.

zelnen Dispoſitionen von Anfang bis zu Ende ausſchließlich an feſte Formeln gebunden, es gab in ihm kein Fleckchen, auf dem man ſich frei hätte bewegen können. Die Einſetzung des Erben, die Enterbung, die Vermächtniſſe, die Ernennung des Vormundes, die Anſprache an den familiae emtor und deſſen Antwort — alles hatte ſeine beſtimmte Form und zum Theil auch ſeine beſtimmte Ordnung (ſ. u.). Bei der Stipulation hingegen beſchränkte ſich der feſte oder abſtracte Theil des Geſchäfts auf das Wörtchen: spondes? — ein Blankett, das man mit beliebigem Inhalt und in beliebiger Ordnung ausfüllen mochte.

Innerhalb der Formeln gibt es eine graduelle Differenz ihrer Beſtimmtheit, deren die Römer ſelbſt gedenken: gewiſſe Formeln (und als Beiſpiel werden uns namentlich die Legisactionen genannt) vertragen durchaus keine Aenderung, weder einen Zuſatz, noch eine Auslaſſung, andere laſſen dieſelbe zu, natürlich nur inſofern ſie ſich ihrem Zweck oder Inhalt nach mit dem Zweck des Geſchäfts vertragen.[796] Wir können, wie ich glaube, noch weitere Grade dieſer Beſtimmtheit unterſcheiden. Freilich ſind die Gränzlinien zum Theil minder feſt und ſcharf, allein da der einzige Zweck darin beſteht, uns das Vorhandenſein einer gewiſſen Abſtufung innerhalb der Formeln zur Anſchauung zu bringen, und ein juriſtiſches Intereſſe ſich an dieſe Unterſcheidung überall nicht knüpft, ſo kommt es auf eine präciſe Durchführbarkeit derſelben überall nicht an.

Ich unterſcheide:

1. Schlagworte. Regelmäßig treffen ſie mit dem Namen des Geſchäfts ſelbſt zuſammen,[796a] ſo z. B.:

---

796) Vat. fr. §. 318. Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.

796a) Für das von mir in der erſten Auflage mit aufgeführte Beiſpiel der tutoris auctoritas: auctor fio gibt es keinen quellenmäßigen Beleg. Im Geiſt des ältern Rechts zweifle ich aber nicht daran, daß wie für alle

Name des Geschäfts	Schlagwort
Sponsio	spondeo
Fidepromissio	fidepromitto
Fidejussio	fidejubeo
Acceptilatio	acceptum habeo
Heredis institutio	heres esto
Exheredatio	exheres esto
Praes	Praes sum.

2. Elastische Formeln: Sätze, welche in ihren wesentlichen Punkten fest sind, aber in gewissen Hinsichten eine Abänderung vertragen, z. B. die cognitoris datio (Note 796), die Bestellung eines ususfructus durch in jure cessio (Möglichkeit der Hinzufügung eines dies).
3. Feste, aber schematische Formeln: d. h. solche, welche concret ausgefüllt werden müssen, im übrigen aber unabänderlich sind. Das älteste Beispiel dieser Art mag die von Livius erhaltene Formel der Kriegsankündigung sein, in der an betreffender Stelle der Name des Feindes genannt wird.[797] Aus dem Civilrecht und Proceß nenne ich folgende:

Rechtsakte so auch für diesen eine bestimmte Ausdrucksweise nöthig war. Hätte der Tutor bloß mit beliebigen Worten seinen Consens ertheilen können, wie Manche annehmen, so begreife ich nicht, warum die L. 19 de auct. tut. (26. 8), während sie im übrigen die praktische Möglichkeit der Bestellung eines curator für einen Unmündigen anerkennt, doch „ad explicanda ea, quae solennitatem juris desiderant" einen Tutor für nöthig erklärt. Consentiren konnte der Curator so gut wie der Tutor; wessen er aber unfähig war, war die „auctoritatis interpositio", letztere kann also nicht in dem bloßen Consens bestanden haben, sondern sie muß so gefaßt gewesen sein, daß sie für den curator nicht paßte, d. h. sie muß das Wort auctor oder auctoritas enthalten haben.

797) Liv. I, 32: Audite fines (cujuscunque gentis sunt nominat) ... populum illum (quicunque est, nominat) ... In den Formularen des Formularprocesses figuriren die Namen Aulus Agerius Numerius Negidius. Wenn Cicero's Vorwurf pro Murena 12: et quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant,. putarunt omnes mulieres, quae coemptionem facerent, Gajas vocari begründet wäre, so wären hier

Angabe der Perſon:

Name des Erblaſſers in der Formel der cretio bei Antretung der Erbſchaft: cum me Maevius heredem instituit. Ulpian. XXII, 28;

der Summe:

bei der manus injectio. Gaj. IV, 21 und der nexi solutio. Gaj. III, 174;

des Gegenſtandes:

des Grundſtücks bei der Vindication (Lage deſſelben) Cic. pro Mur. 12;[798]

des Verhältniſſes:

Nexi solutio Gaj. III, 174 und gewiß auch bei der pignoris capio. Gaj. IV, 29.

4. Feſte und zwar abſolut geſchloſſene Formeln: ſolche, bei denen ſelbſt die Namhaftmachung dieſer individuellen Umſtände (als überflüſſig) hinwegfiel. Dahin gehörten z. B. die Formeln des Teſtators und des familiae emtor. Gaj. II, 104, die des Vindicationsrituals. Gaj. IV, 16. Cic. pro Murena 12.

Ich brauche nun wohl kaum zu bemerken, daß dieſe formelle Verſchiedenheit nur die Folge und der Ausdruck einer materiellen war. Für gewiſſe Handlungen war man der Anſicht, daß ſie ihrem weſentlichen Beſtande nach in dem Maße feſt und beſtimmt gegeben ſeien, daß jede Abweichung davon vom Uebel ſei. Der Ausdruck für dieſe Anſicht war eine Formel der dritten und vierten Claſſe. Bei andern verhehlte man ſich nicht,

---

die Blankettnamen ähnlich wie in dem Beiſpiel, das Keller Röm. Proc. §. 41 a. E. aus dem engliſchen Proceß mittheilt, fingirte Namen geworden, ſ. jedoch darüber Roßbach Unterſ. über die röm. Ehe S. 352.

798) Gaj. IV, 16 hat bloß: hunc hominem, ähnlich wie bei der in jure cessio II, 24 und der mancipatio I, 119, und es iſt denkbar, daß bei Vornahme dieſer Akte an beweglichen Sachen die namentliche Bezeichnung der Sache hinweggefallen iſt, da ſie durch die Gegenwart und das Halten derſelben überflüſſig gemacht wurde.

daß man der Autonomie der Privaten einen freieren Spielraum gewähren müsse, begnügte sich also damit, nur die Hauptpunkte namhaft zu machen, oder nahm selbst davon Abstand. In jenem Fall gab man eine Formel der zweiten Classe, in diesem beschränkte man sich auf ein bloßes Schlagwort.

Soweit nun das Requisit der Bestimmtheit reichte, hatte es bei allen Geschäften dieselbe Kraft und Geltung. Eine Acceptilation, bei der das Wort: acceptum habeo mit einem andern gleichbedeutenden vertauscht war, war um nichts weniger nichtig als jene Legisactio von Gajus, bei der statt arboribus: vitibus gesetzt war.[798a]) Zwischen dem materiellen Recht und dem Proceß fand in dieser Beziehung nicht die geringste Verschiedenheit Statt, was besonders zu betonen aus dem Grunde nicht überflüssig sein dürfte, weil das obige celebre Beispiel von Gajus und sein bekanntes Urtheil über die minutiöse Aengstlichkeit, mit der das Wort im ältesten Proceß gehandhabt worden sei (Gaj. IV, 30), leicht den Schein des Gegentheils hervorrufen könnte. Fühlbarer war allerdings die Strenge im Proceß, denn ein Versehen in der Form ließ sich nicht mehr ungeschehen machen, während ein Versehen bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts durch erneuerte Vornahme desselben rectificirt werden konnte. Aber die Strenge in der Beurtheilung der Form war hier wie dort ganz dieselbe. Ebenso war sie es bei den verschiedenen oben mitgetheilten Formen der Rechtsgeschäfte, und der Schein des Gegentheils beruht nur darauf, daß das Maß der Form d. h. ihrer Bestimmtheit bei der einen geringer war als bei der andern. Eine sponsio, die nichts als den Gebrauch des Wortes spondesne erforderte, konnte Jeder abschließen, ein Testament abzufassen erforderte eine genaue Vertrautheit mit den dabei zu beachtenden Regeln. Aber die Strenge, mit der man auf Beachtung der Form hielt, war bei allen formellen Akten ganz dieselbe; sie kannte keine Grade und konnte sie nicht kennen, und dasselbe gilt

798a) Gaj. IV, 11.

auch für das heutige Recht, ſoweit daſſelbe wie z. B. beim Wechſel eine beſtimmte Form erfordert. Denn dieſe Strenge iſt nichts Poſitives, Willkührliches, ſondern mit dem Begriff der Form ſelbſt unvermeidlich gegeben — jede Abweichung von der vorgeſchriebenen Form enthält eine Verletzung derſelben; eine Unterſcheidung zwiſchen klein und groß, weſentlich und unweſentlich iſt dabei nicht möglich, wenn man nicht der reinſten Willkühr verfallen will. Denn wo wäre die Gränze? Wird einmal ein volles Pfund verlangt, ſo iſt es gleichgültig, ob ein Gran oder ein Loth fehlt, das Pfund iſt kein volles! Iſt einmal ein beſtimmtes Wort für weſentlich erklärt, wie dürfte es vertauſcht werden mit einem gleichbedeutenden? Sind es mehrere Worte, welches könnte man davon laſſen? Iſt es eine beſtimmte Ordnung derſelben — und wir werden unten (§. 47[b]) ſehen, daß dieſe Ordnung bei den altrömiſchen Formeln Gegenſtand der ſorgfältigſten Erwägung war — was dürfte daran geändert werden? Kurz, es gibt hier keinen Unterſchied zwiſchen groß und klein, das Kleinſte wiegt gerade ſo ſchwer wie das Größte, die exacteſte Genauigkeit und peinlichſte Strenge iſt mit dem Begriff des Formalismus ſo unabweisbar geſetzt, daß wer ſie nicht will, die ganze Einrichtung fallen laſſen, wer aber letztere will, jene mit in den Kauf nehmen muß.

Wenn nun das ältere römiſche Recht im Vergleich mit dem ſpätern uns den Eindruck der äußerſten formaliſtiſchen Strenge macht, ſo liegt dies nicht in der Strenge und Peinlichkeit, mit der die alten Juriſten die Form handhabten; ſondern in der Ausdehnung und der Energie, in und mit der ſich die Form im ältern Recht verwirklicht hatte. Daß man in der letzteren Thatſache nichts dem ältern römiſchen Recht Eigenthümliches finden darf, ſondern daß dieſelbe nichts als eine einer beſtimmten Culturſtufe des Volks und Rechts angehörige und ſich daher unter allen Verhältniſſen wiederholende Thatſache iſt, darauf brauche ich nach meinen frühern Ausführungen über die hiſtoriſchen Gründe des Formalismus (§. 45[a]) nicht wieder zurückzukommen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Schwerpunkt der Darstellung des ältern Formalismus nicht in dem Nachweis der Art liegt, wie die Form von den alten Juristen zur Anwendung gebracht, sondern wie sie entwickelt und durchgebildet ward, und es mögen daher in Bezug auf jenen Punkt folgende Beispiele genügen.

Daß im Legisactionenproceß ein einziges Wort den Proceß kosten konnte, ist bekannt, aber es war dies so wenig etwas Eigenthümliches der ältern Proceßform, daß es für die neuere: den Formularproceß ganz in derselben Weise galt.[798b]) Wie der Ausfall eines Worts oder die Vertauschung desselben mit einem gleichbedeutenden (z. B. bei der sponsio: promittisne statt spondesne), so begründete auch die Veränderung der Reihenfolge der Worte[798c]) der Gebrauch einer neuern Wortform, wo für die Formel die ursprüngliche geblieben war, ja sogar das Geschlecht,[798d]) einen Nichtigkeitsgrund. Ebenso Zusätze, wenn die Formel eine feste, unabänderliche war, und zwar traf die Nichtigkeit nicht etwa den Zusatz, so daß das Geschäft im übrigen gültig geblieben wäre, sondern das ganze Geschäft. Auf die Beschaffenheit des Zusatzes kam nichts an; mochte er sich mit dem Zweck des Geschäfts vertragen oder nicht, mochte er inhaltslos, mochte er gänzlich sinnlos sein — es war ein Zusatz, und die Form duldete keinen Zusatz.

Damit hängt eine bekannte Regel des römischen Rechts zu-

798b) [916] Quint. Inst. orat. VII, 3 quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur. Ich schalte im Folgenden eine Ausführung ein, die in der ersten Ausgabe an anderer Stelle (S. 681) ihren Platz gefunden hatte und füge die alten Notenzahlen in Parenthese hinzu.

798c) [917] Plin. H. N. XXVIII, 3 . . ne quid praeposterum dicatur. Das Hauptbeispiel gewährt das Testament, s. §. 47c.

798d) [918] Das Wort ovis, im spätern Sprachgebrauch Femininum war ursprünglich Masculinum, und daran hatte die Formel der multae dictio festgehalten; als Femininum gebraucht begründete es hier Nichtigkeit. Gell. XI, 1 . . nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam.

ſammen, der neuere Juriſten den Ausdruck gegeben haben: expressa nocent, non expressa non nocent.[798e]) Die ſolennen Rechtsgeſchäfte, ſagt Papinian,[798f]) welche keine Bedingung oder Zeitbeſtimmung zulaſſen, werden durch das Hinzufügen einer ſolchen ſchlechthin nichtig, ſelbſt wenn ſich der Inhalt derſelben von ſelbſt verſteht, wie z. B. die zu dem bedingten Geſchäft des Pupillen (alſo ſtillſchweigend unter derſelben Bedingung) ertheilte tutoris auctoritas, die acceptilatio einer bedingten Schuld.[798g])

Eine nothwendige Conſequenz der Beſtimmtheit der Form war die, daß die vorgeſchriebenen Worte und Formeln ſich nicht in eine andere Sprache übertragen ließen. Waren es einmal dieſe Ausdrücke, deren man ſich bedienen mußte, wie hätte man ſtatt derſelben z. B. griechiſche gebrauchen können? Eben ſo gut hätte man gleichbedeutende lateiniſche wählen können. Ein Ausländer alſo, der das römiſche Bürgerrecht oder Commercium erworben hatte, mußte alle Geſchäfte des jus civile in lateiniſcher Sprache abſchließen; ſo wenig wie das Volk ſich in ſeinem völkerrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen der fremden Sprache bediente,[799]) ſo wenig duldete es dieſelbe in den Geſchäften des

---

798e) [919] S. darüber Savigny Syſt. B. 3 S. 124, 125. Daß, um mit ſeinen Worten zu reden, „das Weſen hierbei der Form geopfert wird," iſt vollkommen richtig, allein eben darauf beruht das Weſen der Form.

798f) [920] L. 77 de R. J. (50. 17). Der hier gebrauchte Ausdruck: actus legitimi ſcheint kaum ein techniſcher geweſen zu ſein, da er ſich bei keinem andern Juriſten wiederholt, eben ſo wenig civile negotium bei Ulp. XI, 27.

798g) [921] Die beiden Beiſpiele ſ. in L. 77 cit. und L. 8 de tut. auct. (26. 8). Zu den in der erſten Stelle genannten Geſchäften kommen noch hinzu die tutoris auctoritas und rückſichtlich der Unzuläſſigkeit der Bedingung die Beſtellung eines Cognitor (Vat. fr. §. 929) und die in jure cessio. Ein Beiſpiel einer ſich von ſelbſt verſtehenden Zeitbeſtimmung iſt in den Quellen nicht genannt; die tutoris datio von Seiten der Obrigkeit dürfte ein ſolches enthalten: der dies ad quem (die Mündigkeit des Mündels) verſtand ſich von ſelbſt.

799) Dirkſen Civil. Abh. B. 1. Abh. 1.

Civilrechts.[800] Die Geschäfte des jus gentium hingegen und die des *späteren* römischen Rechts, wie z. B. die Fideicommisse, waren, weil an keine Formel, auch nicht an den Gebrauch einer bestimmten Sprache gebunden. Freilich war man späterhin doch genöthigt, gewisse Concessionen zu machen, was erst im dritten System nachgewiesen werden kann.[801]

2. Mündliche Rede.

Das *Schreiben* ist etwas Abstractes, Erlerntes, und eben darum nicht das Ursprüngliche. Das Einfachste, das Natürliche und Ursprüngliche ist das *Sprechen*, und diese natürliche Form

---

800) Als Princip ist dies indirect anerkannt in der in der folgenden Note abgedruckten L. 8 §. 4 de accept. Einzelne Anwendungsfälle gewähren: die *sponsio* Gaj. III, 93 . . adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a graeca voce figurata esse, das *Testament* L. 21 §. 4 Cod. de test. (6. 23) mit seinen sämmtlichen Bestimmungen, z. B. der Freilassung (L. 14 Cod. de test. man. 7. 2), dem Legat (Ulp XXV, 9. Gaj. II, 281), der Ernennung eines Tutors (L. 8 Cod. de tut. test. 5. 28), vor allem also auch der Erbeseinsetzung.

801) z. B. bei der Acceptilation L. 8 §. 4 de acc. (46. 4): hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio, (d. h. eigentlich wäre sie es nicht) et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet, bei der Bestellung eines Cognitor Vat. fr. §. 219, obgleich dafür certa et quasi solennia verba nöthig waren Gaj. IV, 83, 97, bei der fidejussio L. 8 pr. de fidej. (46. 1) L. 12 Cod. de fidej. (8. 41). Bei der gewöhnlichen Stipulation mit Ausnahme der sponsio L. 1 §. ult. de V. O. (45. 1) Gaj. III, 93 kann man kaum von einer Concession sprechen, da sie keiner verba certa et solennia bedarf. Ob sie aber nicht überhaupt, sowohl in der Anwendung auf Peregrinen als auf Römer, späteren Ursprunges ist, scheint mir mehr als wahrscheinlich. Es wird als eine Eigenthümlichkeit von Tiberius berichtet (Sueton. Tiber. c. 71), daß er sich dem amtlichen Gebrauch des Griechischen hartnäckig widersetzte. — Eine Analogie zu den obigen Beispielen bietet das moslemitische Recht, welches von dem im Princip festgehaltenen Erforderniß des Gebrauchs der arabischen Formel für die Ehescheidung zu Gunsten ungebildeter Personen eine Ausnahme macht. v. *Tornauw*, Moslemitisches Recht, S. 171.

der Gedankenäußerung iſt im ältern Recht zugleich die rechtlich nothwendige.[802] Das ältere Recht kennt meines Wiſſens keinen ſolennen Akt, bei dem die Schrift die Rede hätte erſetzen können.[803] Freilich neben der Rede mag in Rom von Alters her, wie bei den Geſetzen und Bündniſſen und ſonſtigen Akten des öffentlichen Rechts z. B. der Schätzung beim Cenſor, ſo auch bei wichtigen Geſchäften des Privatrechts eine ſchriftliche Aufzeichnung üblich geweſen ſein, aber ich muß es betonen: neben, nicht ſtatt der Schrift. Ein Teſtament, eine umfangreiche Stipulation mochte man immerhin aufzeichnen und von Zeugen oder der Gegenparthei unterzeichnen laſſen — die Schrift hatte hier durchaus keine juriſtiſche Bedeutung, die Gültigkeit des Geſchäfts beruhte lediglich auf der mündlichen Vornahme. Bei beiden Geſchäften aber durfte letztere nach der uns bekannten Geſtalt der Sache eine abſtracte ſein, d. h. man konnte, ohne das Mindeſte vom Inhalt der Urkunde mitzutheilen, ſich in der Formel des Geſchäfts einfach auf letztere beziehen, alſo z. B.: ich teſtire, wie in dieſer Urkunde geſchrieben — verſprichſt Du alles zu leiſten, was in dieſer Urkunde verzeichnet ſteht?[804] Der juriſtiſchen Auffaſſung nach war das Geſchäft mündlich geſchloſſen, denn der ganze Inhalt der Urkunde war ja vom Redenden genehmigt, anerkannt, er hatte geſprochen durch Verweiſung.

---

802) Als Princip ausgeſprochen iſt es meines Wiſſens nirgends, eben weil es ſich für den Römer von ſelbſt verſtand. Für die Mancipation und das Nexum lag es in den Worten der Tafeln: uti lingua nuncupassit.

803) Daher noch im ſpäteren Recht die Wendung: legem dicere (z. B. suae rei) für eine Vertragsbeſtimmung ſchlechthin. Andere ſprachliche Reminiscenzen bieten edictum (dicere) dies fasti (fari) nefasti, infans.

804) Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do ita lego, ita testor. Ulp. XX, 9. Ein Beiſpiel aus dem geiſtlichen Recht gewährt die Einweihung eines Tempels unter Bezugnahme auf die Fundationsurkunde eines anderen Tempels ſ. bei Briss. I. 194: ceterae leges huic arae eaedem sunto, quae arae Dianae sunt in Aventino dictae.

War diese Gestalt der Sache die ursprüngliche? Ich meine, Jeder muß ihr den Zug der abstracten Periode anmerken. Sie enthält in Wirklichkeit eine Trennung des concreten Inhalts des Geschäfts von letzterem selbst. Gewollt wird nicht dies, dies Bestimmte, Sichere, sondern ein Etwas: das, was in der Urkunde steht — vielleicht also etwas ganz Anderes, als der Redende weiß und will. In dieser Weise kann er wollen, ohne jetzt bereits im Mindesten zu wissen Was, z. B. versprechen, was dieser jenem versprochen hat oder gar erst versprechen wird.[805] Noch weniger erfahren die Zeugen etwas Näheres; sie sind dabei, sie sehen, was geschieht, und hören, was gesprochen wird, und doch wissen sie nicht das Geringste vom Inhalt — sie sehen, so zu sagen, nur den Schatten des Geschäfts! Bei dem Eigenthumserwerb und der Vindication einer Sache genügte es nicht, sie bloß zu nennen, sich nur auf sie mit Worten zu beziehen, sondern man sollte sie fassen. Und bei dem Rechtsgeschäft hätte man den Inhalt desselben nicht ebenfalls fassen d. h. mit der Zunge fassen (lingua nuncupare[806]) sollen? Ein Wollen durch bloße Beziehung, durch abstracte Erklärung des Beitritts der Einwilligung u. s. w. widerspricht meiner Ansicht nach aufs entschiedenste dem Geiste des ältern Rechts. So darf man rücksichtlich der Stipulation sicherlich annehmen, daß in alter Zeit nicht bloß der Stipulant den ganzen Inhalt derselben angeben, son-

805) So z. B.: quantam pecuniam . . . credidero, tantam dari spondes? (L. 18 §. 3 de stip. serv. 45. 3), fide tua esse jubes? (L. 47 §. 1 de fidej. 46. 1). Beim Testament: quem heredem codicillis fecero, heres esto (L. 73 de hered. inst. 28. 5), quantum legavero . . (L. 38 de cond. et dem. 35. 1). Eine genauere Erörterung dieses Punktes s. B. 3 S. 155, 156.

806) In der älteren Sprache wird dieser Ausdruck für Sprechen schlechthin gebraucht, in der neuern scheint er vorzugsweise für die aus Schrift und Rede verbundenen Geschäfte gebraucht worden zu sein, um mittelst seiner den mündlichen Theil des Geschäfts (nuncupatio) im Gegensatz zu dem schriftlichen (tabulae) besonders hervorzuheben; so namentlich beim Testament und Votum, s. z. B. Sueton. Aug. c. 97. Fest. nuncupat.

dern auch der Promittent ihn wörtlich nachſprechen mußte (S. 530). Ebenſo bei der Correalobligation und der Bürgſchaft. Für den Eid iſt es bekannt, daß der Schwörende die ihm vorgeſprochene Eidesformel wörtlich nachzubeten hatte, ſich alſo nicht mit einem abſtracten „So ſchwöre ich" begnügen durfte. Nur wo die Maſſe, z. B. das Volk bei Geſetzesvorſchlägen oder das Heer bei Ableiſtung des Fahneneides, eine Willenserklärung abzulegen hatte, mag man nothgedrungen von Altersher eine Ausnahme gemacht und eine abſtracte Erklärung zugelaſſen haben. Damit hängt die Sitte der Präjurationen zuſammen, vermöge welcher bloß Einzelne den ganzen Eid herſagten und die Andern lediglich mit „ebenſo ich" ihren Beitritt erklärten. [807])

Kehren wir jetzt zu der Verbindung der Schrift und Rede zurück, ſo glaube ich, daß eine bloße Verweiſung auf die Schrift ohne Mittheilung ihres Inhalts im älteren Recht unſtatthaft war, hier vielmehr der ganze Inhalt der Schrift vorgeleſen werden mußte. Halten wir uns zunächſt an die beiden Hauptfälle des öffentlichen Rechts: die Geſetze und Bündniſſe, ſo iſt es bekannt, daß der Geſetzantrag dem Volk wörtlich vorgelegt werden mußte, und die Kraft des geſchriebenen Geſetzes nicht auf der Schrift, ſondern auf der mündlichen Vorlage und Annahme beruhte. Was die Bündniſſe betrifft, ſo iſt uns von Livius [808]) die Formel ihres Abſchluſſes aufbewahrt, und dieſe gedenkt ausdrücklich der geſchehenen Verleſung. Auch bei

---

807) Festus: Praejurationes facere dicuntur hi, qui ante alios conceptis verbis jurant, post quos in eadem verba jurantes tantummodo dicunt: idem in me. Polyb. VI, 21. Becker Handbuch der röm. Alterth. (Marquardt) III. Abth. 2 S. 291. Bei Tac. Hist. IV, 34 ſpricht jeder der Soldaten den Eid vollſtändig nach. Liv. II, 45. XXVIII, 29 läßt gar nicht erkennen, in welcher Weiſe der Eid abgeleiſtet iſt.

808) Liv. I, 24. Legibus (foederis) deinde recitatis: Audi, inquit, Jupiter .... ut illa palam prima postrema (vom Anfang bis zu Ende) ex illis tabulis cerave recitata sunt .. illis legibus populus Romanus prior non deficiet.

Gelübden, namentlich den öffentlichen, war die schriftliche Aufzeichnung eine ganz häufige (tabulae votivae), und auch hier wird der Verlesung gedacht.[809] Aus späterer Zeit nenne ich noch das richterliche Urtheil, welches zwar schriftlich ertheilt, aber daneben bei Strafe der Nichtigkeit verlesen werden mußte.[810] Ist die Annahme (S. 11 Note 6) gewagt, daß dasselbe ursprünglich auch beim Mancipationstestament der Fall gewesen sei? Doch verkenne ich nicht, daß wenn irgendwo, gerade bei diesem Rechtsgeschäft am ersten eine Abweichung zugelassen worden sein mag. Wie es sich damit immerhin auch verhalten haben möge, die obige Behauptung, daß alle Rechtsgeschäfte mündlich abgeschlossen werden mußten, erleidet dadurch keine Einschränkung — auch das Testament ward der juristischen Auffassung nach mündlich errichtet.

Dagegen scheint ein anderes Geschäft: der Literalcontract, der allerdings bereits der gegenwärtigen Periode, wenn auch erst der zweiten Hälfte angehört,[811] mit ihr sich schlechterdings nicht zu vereinigen.

Allein der Literalcontract war von Haus aus nichts anderes als die von beiden Partheien bewerkstelligte Eintragung einer auf andere Weise begründeten Geldschuld, wie dies aus den dabei gebrauchten Ausdrücken: expensum und acceptum ferre unzweideutig hervorgeht, also seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Aeußern nach nichts weiter als ein Beweismittel. Aber freilich: so wie man der Eintragung absolute Beweiskraft einräumte, war damit mittelbar eine selbständige d. h. von dem Abschluß eines andern Contracts, namentlich eines Darlehns unabhängige

809) Val. Max. IV, 1 §. 10: Sueton. Aug. c. 97. Apulej. Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 257) de libro, de literis fausta vota praefatus.

810) L. 1. 2. 3 Cod. de sent. ex peric. (7. 44). Sueton. Claudius c. 15 . . ex tabella pronuntiasse.

811) Wenn sonst das: nomina transscribere bei Liv. Epit. XXXVII (a. 559) im technischen Sinn gemeint ist (Gaj. III, 130), worüber man noch streiten könnte.

Art ſich zu verpflichten gewonnen, und in richtiger Erkenntniß davon durfte und mußte man hier von einem eignen Contract ſprechen. Es verhielt ſich mit demſelben ähnlich, wie mit der obligatoriſchen Kraft des richterlichen Urtheils. Beide ſind von Haus aus rein declaratoriſch, ſie erkennen nur eine Verbindlichkeit als bereits vorhanden an, allein da dieſe Anerkennung eine unumſtößliche Kraft hat, ſo erlangen ſie damit die Natur conſtitutiver Akte.[812]) Seiner praktiſchen Geltung nach würde alſo der Literalcontract von unſerem obigen Satz eine Ausnahme begründen, ſeiner juriſtiſchen Compoſition nach nicht.

Alſo unſere Regel bleibt aufrecht: alle Geſchäfte des ältern Rechts müſſen mündlich errichtet werden. Wie aber, wenn Jemand nicht ſprechen kann? Dann iſt er eben dadurch ausgeſchloſſen. Daſſelbe gilt von dem Tauben[813]) rückſichtlich aller Geſchäfte, bei denen der Gegner zu ſprechen hat, denn man muß die Worte deſſelben hören, alſo z. B. bei der Stipulation, dem Teſtamente. Unſer heutiges Recht macht den Schreibunfähigen die bekannte Conceſſion des Kreuzziehens ſtatt der Namensunterſchrift, das römiſche Recht hat eine ſolche Rückſicht gegen Taube und Stumme nicht beobachtet, ſie ſind die Opfer ihres Naturfehlers geworden.

---

812) Eine Analogie aus dem ſpätern Recht ſ. bei Paulus Sent. Rec. V, 7 (Hänel 8) §. 2: quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.

813) Ueber beides ſ. L. 48 de O. et A. (44. 7) . . in quibus negotiis sermone non opus est. L. 6 §. 1 qui testam. (28. 1) Ulp. XX, 7. 13. Die tutoris auctoritas L. 1 §. 2, 3 de tut. (26. 1). Mit den verba certa iſt auch dieſe Conſequenz derſelben im juſtinianeiſchen Recht hinweggefallen L. 10 Cod. qui test. (6. 22).

Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts.

XLVII[b]. Woher stammen die Formeln? Sind sie durch Gesetze eingeführt? Sicherlich nicht! Es fehlt allerdings aus späterer Zeit nicht an Beispielen, daß ein Gesetz für die Klage, die es gewährt, auch zugleich die entsprechende Klagformel beifügt, wie z. B. die lex Rubria (Proceßordnung für das cisalpinische Gallien) es thut, allein für die ältere Zeit ist dies weder bezeugt, noch irgendwie wahrscheinlich. Mittelbar wurden freilich die ältern Gesetze eine wichtige Quelle der Formeln, indem sie, wie später gezeigt werden soll, für eine gewisse Art derselben, nämlich die der Legisactionen das Material hergaben.

Sind sie Producte des Lebens? Die Frage ist zu unbestimmt, man kann sie bejahen und verneinen, je nachdem man sie versteht. Bejahen — wenn man dabei ihre gewohnheitsrechtliche Geltung; verneinen — wenn man ihre Abfassung im Auge hat (S. 559). Abgesehen von den bloßen Schlagworten, tragen die eigentlichen Formeln so sehr das Gepräge des Gemachten, des Absichtlichen an sich, es herrscht in dem ganzen System eine solche Uebereinstimmung, Consequenz, Berechnung, Kunst, daß man blind sein müßte, um den juristischen Ursprung derselben zu verkennen. Rücksichtlich der einen Hälfte: der auf den Proceß sich beziehenden, wird uns diese Entstehungsart ausdrücklich bezeugt. Nach Erlaß der XII Tafeln und im Anschluß an sie, heißt es, hätten die Pontifices die Klagformeln componirt und bei sich aufbewahrt.[814]) Appius Claudius habe dann den ganzen Vorrath in eine Sammlung gebracht, zu der, nachdem sie von dessen Schreiber Flavius veröffentlicht worden sei (jus Flavia-

814) L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) S. 381. Note 540.

num), ſpäterhin ein anderer Juriſt, Aelius, Nachträge geliefert habe (jus Aelianum).[815] Wenn Pomponius dieſer letztern Thatſache den Ausdruck gibt: Aelius habe dieſe ganze Sammlung verfaßt (composuit), ſo beruht dies ſicherlich auf einem Irrthum. Daß ein Juriſt als ſolcher d. h. ohne amtlichen Charakter keine Formeln einführen konnte, bedarf kaum der Bemerkung. Was er vermochte, war nur ein Formular aufſetzen. Allein auch die Annahme, daß jene Sammlung aus lauter von Aelius verfaßten Formularen beſtanden habe, ſtößt auf unmögliche Vorausſetzungen. Oder ſollte die römiſche Jurisprudenz Angeſichts des durch Pomponius ſelbſt betonten Bedürfniſſes (augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi) und bei dem Vorhandenſein der leges, aus denen ſich die legis actiones componiren ließen, ſich dieſer einfachen Aufgabe ſo lange entzogen haben, bis endlich Aelius auf den Gedanken kam, das Verſäumte nachzuholen, und nun mit einem Male eine ſolche Menge Klageformulare in die Welt ſetzte, daß man ſie als „liber“ und „jus Aelianum“ bezeichnen konnte? Vielleicht hat Pomponius ſich durch die letztere Bezeichnung, die wie beim „jus Papirianum und Flavianum“ nur auf den Sammler gemünzt war, verleiten laſſen, den bloßen Sammler für den Verfaſſer zu halten, jedenfalls vermag ich den Glauben, den er bei dieſer Gelegenheit an den Tag gelegt hat, nicht zu theilen.

Das Formelweſen iſt alſo ein Werk der Jurisprudenz. Könnten die äußeren Beweiſe uns darüber im Zweifel laſſen, die inneren von der Beſchaffenheit deſſelben hergenommenen müßten jeden Zweifel heben — jedes Splitterchen, möchte ich ſagen, verkündet uns die Urheberin. Ich habe oben (S. 544) das Formelweſen ein Kunſtproduct des juriſtiſchen Geiſtes genannt und es als einen untergegangenen Zweig älteſter juriſtiſcher Kunſt bezeichnet; die folgende Darſtellung wird dieſe Bezeichnung rechtfertigen.

---

815) L. 2 §. 7 de O. J. (1. 2).

Der geistige Höhenpunkt dieser Kunst ist allerdings ein niedriger, er liegt tief unter dem der heutigen und auch der spätern römischen Jurisprudenz, allein *auf* und *von* dieser Basis aus erhebt sich dieselbe zu einer Höhe, die unsere ganze Bewunderung in Anspruch nimmt. Als der eigentliche geistige Mittelpunkt, von dem aus wir das Verständniß derselben zu gewinnen suchen müssen, läßt sich ihr *Streben nach strenger Logik* bezeichnen. Diese Logik ist eine ungemein peinliche, minutiöse, eine Logik des Kleinen und Kleinsten, sie fordert eine Genauigkeit der Anordnung des Gedankens, wie sie im *Sprechen* zu beobachten auch dem schärfsten Denker unmöglich fallen würde. Sie eignete sich daher nur für den juristischen Lapidarstyl, bei dem das kleinste Wörtchen sich aufs sorgfältigste abwägen ließ. Aber diese Logik selber war untadelhaft, die Regeln, welche sie aufstellte, waren unbestreitbar der genauesten Beobachtung des Denkens entnommen — es steckt in diesen nüchternen Formeln der älteste historische Versuch einer Theorie der Denkgesetze.

Was mich aber am meisten mit Bewunderung erfüllt, ist das ungemeine Verständniß für die feinsten Nüancen der *sprachlichen Formen*. Durch Benutzung von feinen der Sprache abgelauschten Zügen ist es den alten Juristen gelungen, mit wenig Mitteln außerordentlich viel zu erreichen, ich meine nicht sowohl kurz, treffend, bezeichnend zu reden, sondern *sprachlich* in einer Weise zu *charakterisiren* und zu *individualisiren*, wofür die Geschichte der Sprache wenig Seitenstücke darbieten möchte.

Wie die großen Meister der Tonkunst es verstanden haben, die verschiedenen Personen einer Oper in dem Maße musikalisch zu individualisiren, daß jede derselben ihre eigene musikalische Sprache hat, so unsere alten juristischen Meister die Personen, die *sie* sprechen zu lassen hatten. Jede derselben: das Volk, der Senat, der Prätor redet seine eigene seiner politischen Rolle entsprechende Sprache, und ich hoffe den Leser zu überzeugen, daß es nicht zu viel gesagt ist, wenn ich behaupte, daß z. B. die eigenthümliche staatsrechtliche Stellung des Prätors kaum treffender

charakterisirt werden kann, als es der Curialstyl des Edicts durch einige wenige Wendungen gethan hat.

Diese ganze Richtung schloß übrigens die Gefahr eines bedenklichen Abweges in sich, und es ist gewiß nicht das kleinste Verdienst der alten Jurisprudenz, daß sie denselben glücklich vermieden hat. Es war der der Ausartung derselben in eitel Spielerei. Wie nahe derselbe gelegen, zeigt uns das Beispiel eines Rechts, das wie in so vielen andern Punkten, so auch in dieser Beziehung eine höchst lehrreiche Parallele für das alte römische Recht darbietet. Es ist das isländische. Wenn irgendwo außer dem römischen so hat in ihm der Formelcultus und das Sichvertiefen in das Wort die höchste Höhe erreicht. Es bedurfte, nach der Versicherung eines competenten Berichterstatters,[816]) eines mehrjährigen Studiums, um alle die Formeln auswendig zu lernen; es kam „bei Anwendung derselben der Verstand in vollste Thätigkeit." Aber „das Recht war ganz zu einem Spiel des Witzes geworden und zu einer Wette, wer die dunkelsten und seltensten der vielen Formeln und Gebräuche am untadeligsten vortragen und anwenden könne — und sehr häufig mußte Blut heilen, was die Sophisterei verrenkt hatte." Daß die Römer dieser Gefahr nicht verfallen sind, die einem durch die Natur zum Grübeln während des ganzen Winters verurtheilten Volk so verderblich ward, davon lag der Grund nicht bloß in ihnen selbst, in ihrem gesunden Sinn und ihrer praktischen Natur, sondern in dem sichersten Schutzmittel gegen alles unfruchtbare Grübeln: unausgesetzter praktischer Thätigkeit. Spielereien kommen nur da auf, wo es an ernsten Aufgaben fehlt.

Indem ich mich anschicke, das obige Urtheil im Einzelnen zu begründen, muß ich, um das ganze Material an dieser Stelle übersichtlich zusammenzustellen und andererseits nicht zu nutzloser Wiederholung genöthigt zu sein, den Leser ersuchen, die S. 471 und 472 anticipirten Belege als integrirenden Bestandtheil der

816) Weinhold, altnordisches Leben, Berlin 1856. S. 402.

gegenwärtigen Darstellung zu betrachten. Im übrigen werde ich meinen Stoff unter folgende drei Gesichtspunkte bringen:

1. Die Verbalformen.
2. Die juristische Syntax.
3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

1. Die Verbalformen.

Wenn uns aus einem heutigen Schriftstück juristischen Inhalts, einem Gesetz, einer Verordnung, einem Urtheil, einer theoretischen Darstellung des Rechts, einem Contract, Testament ein Bruchstück vorgelegt würde ohne Angabe seiner Quelle, wie schwer oder richtiger wie völlig unmöglich würde es uns in den meisten Fällen sein, die juristische Natur der Urkunde aus ihrer Sprache zu errathen. Die Sprache ist in allen diesen Erzeugnissen regelmäßig eine und dieselbe, ein Paragraph aus einem Gesetzbuch lautet — leider! — nicht selten ganz so doctrinär wie aus einem Compendium, der Erlaß einer Verwaltungsbehörde wie ein Gesetz, eine Bestimmung aus einem Testament wie aus einem Vertrage.

Würde uns dieselbe Aufgabe an einem derartigen Bruchstück des römischen Rechts gestellt, ein einziges Wort würde häufig zur Lösung derselben genügen. Ich meine natürlich nicht die entscheidenden Worte, mit denen die Urkunde sich selbst charakterisirt, wie z. B. hac lege, placere Senatui u. s. w., sondern den Styl derselben. Der Styl des Gesetzes war ein anderer als der eines Senatsbeschlusses oder Edictes, der des Testaments ein anderer als der einer Vertragsurkunde, und zwar nicht etwa in Folge willkührlicher Convention, sondern in seiner Erfassung und Wiedergabe ihrer inneren Verschiedenheit, kurz er charakterisirte sich durch jene stylistische Individualisirung, deren ich oben gedacht habe.

Diese Individualisirung beruhte vorzugsweise auf dem Gebrauch der verschiedenen Verbalformen. Der Imperativ war für andere Verhältnisse bestimmt als der Infinitiv, der Indicativ

für andere als der Conjunctiv, das Futurum für andere als das Präſens. Ueberzeugen wir uns davon.[817a])

1. Der Imperativ. Er iſt die Form des Befehls und der kategoriſchen Aufforderung. Darum gebührt er vor allem dem Volk für ſeine Beſchlüſſe (leges, Plebiscita),[817]) mögen dieſelben die Aufſtellung eigentlicher Rechtsgeſchäfte oder ſonſtige Verfügungen[818]) zum Inhalt haben. Ebenſo den Göttern, d. h. er iſt auch die Form der Gebote des geiſtlichen Rechts.[819]) Dagegen hat der Senat bei ſeinen Beſchlüſſen und der Prätor in ſeinem Edicte ſich deſſelben zu enthalten, denn der ſtaatsrechtlichen Theorie nach haben beide keine geſetzgebende Gewalt.[820])

Innerhalb der Schranken ſeiner Competenz hat auch der Magiſtrat das Recht zu befehlen, und ſo namentlich der Prätor für die Rechtspflege. Darum lauten ſeine Anweiſungen ſowohl an den Richter (judex esto — condemna, absolve) als an die Partheien (mittite ambo hominem, inite viam) imperati-

---

817a]) Bei der folgenden, aus der erſten Auflage hinübergenommenen Unterſuchung war mir die Abhandlung von Dirkſen, Beiträge zur Geſchichte des Formelweſens bei den Römern in ſeinen Verſuchen zur Kritik u. ſ. w. Leipz. 1823 S. 1 fl. entgangen, und ich hätte für die Bemerkung über den Gebrauch des Infinitivs auf S. 14 daſelbſt Bezug nehmen können, im übrigen treffen unſere Ausführungen nicht zuſammen, und die ganze Art, wie Dirkſen ſeine Aufgabe erfaßt und gelöſt hat, iſt von der, wie ich ſie glaubte auffaſſen zu ſollen, weſentlich abweichend.

817) z. B. sacer, parricida, damnas, talio esto; cogito, reddito, adjudicato u. ſ. w. Briss. II, c. 20 u. fl. c. 32 u. fl.

818) z. B. auch bei dem Votum eines Ver sacrum. Liv. XXII, 10. Rudorff ad leg. Aciliam (Berl. Akad. d. Wiſſ. 1861 p. 415) macht darauf aufmerkſam, daß ſich dieſes Geſetz bei ſeinen Anweiſungen an den Prätor (magistratus major) und die Richter [mit Ausnahme einer Stelle] des Conjunctivs, bei denen an den Quäſtor (magistratus minor) des Imperativs bedient.

819) z. B. piaculum dato, aram ne tangito.

820) In Senatsbeſchlüſſen und im prätoriſchen Edict habe ich ihn vergebens geſucht, dagegen kommt im Edict der Aedilen zwei Mal der Imperativ pronuncianto und mit Bezug darauf eadem faciunto vor, während daſſelbe ſonſt den Sprachgebrauch des prätoriſchen (ſ. u.) beobachtet.

visch. Folgeweise auch das Urtheil des Richters, wenn ihm eine Condemnation und nicht etwa ein bloßer Ausspruch (praejudicialis formula) aufgetragen ist;[821] der Prätor hat die Macht zu befehlen auf ihn übertragen. Bei einem Antrage ans Volk bedient der Magistrat sich des Conjunctivs — velitis jubeatis.[822]

Eine Aufforderung von Seiten der Privatperson lautet nur da imperativisch, wo letztere im Voraus der Erfüllung versichert worden ist, so z. B. an die Zeugen, welche ihr ihre Mitwirkung versprochen haben, (Litiscontestatio: testes estote; nuncupatio testamenti: testimonium mihi perhibetote) oder umgekehrt von Seiten des Libripens an die Parthei (S. 523 Note 708). Dagegen ist die Aufforderung an die Gegenparthei nicht imperativisch gefaßt, also z. B. nicht: ambula mecum in jus, sondern in jus te voco, nicht dic, ex qua causa vindicaveris, sondern postulo anne dicas, ex qua u. s. w.[823] Noch weniger kann natürlich die Parthei zum Prätor sagen: da mihi judicem, sondern: postulo, uti des, noch auch den Imperativ an sich selber richten, was der Fall sein würde, wenn die Formel der Mancipation nach Meinung eines heutigen Juristen (S. 564 Note 706) imperativisch: emtus esto hätte lauten sollen. Bei der feinen Unterscheidung, welche die Römer im Gebrauch des Imperativs beobachten, wäre dies ein grober Schnitzer gewesen. Die Parthei nimmt das emere dadurch vor, daß sie die Sache ergreift, die Wagschale schlägt und den Sinn dieser Handlung durch die Formel constatirt, das Constatiren aber geschieht durch

821) z. B. Solve L. 59 §. 1 de re jud. (42. 1). Daß für das Urtheil keine verba solennia erforderlich gewesen sein sollten (Keller röm. Proceß §. 66) läßt sich höchstens für die spätere Zeit behaupten. Für die ältere s. Varro de L. L. VI, 61 judex . . quibusdam verbis dicendo finit. Ueber die Form des bloßen Ausspruchs s. unten.

822) z. B. Gell. V, 19.

823) Gaj. IV, 16. Ebenso die dort mitgetheilte Formel: sacramento te provoco, und bei Val. Prob. de notis §. 4: quando in jure te conspicio, an fas (fuas, fias) autor. Ebendaselbst die im Text erwähnte Formel der judicis postulatio.

den Indicativ (ſ. u.), einer Aufforderung bedarf es weder von der gegneriſchen, noch von ihrer Seite.

Der Imperativ iſt, wie bemerkt, die Form der lex. So lange die Teſtamente noch in den Comitien errichtet wurden, fand er eben damit auch auf die teſtamentariſchen Dispoſitionen Anwendung, und dies hat ſich auch für das testam. per aes et libram erhalten. Die Verfügungen des Teſtaments müſſen legis modo i. e. imperative [824]) gefaßt werden, alſo z. B.: heres, exheres, liber, damnas esto, cernito, capito, praecipito, sinito. Worauf es beruht, daß im Widerſpruch damit die Formel des Vindicationslegats: do, lego lautete, vermag ich nicht anzugeben; [825]) einen Grund hat dieſe Abweichung jedenfalls gehabt. Für die tutoris datio läßt ſie ſich ſchon leichter begreifen. [826])

Der Ausdruck lex wird von den Römern bekanntlich auch in einem weitern Sinn von Beſtimmungen gebraucht, die auf Vereinbarung beruhen (leges contractus, foederis, pacis u. ſ. w.). Hierin mag es ſeinen Grund haben, daß die imperativiſche Form auch in Anwendung auf ſie gebraucht wird, ſo z. B. bei den einzelnen Clauſeln eines Födus, der Fundationsurkunde eines Tempels und ſelbſt in Formularen von Contracten. [827])

---

824) Ausdrücke von Ulp. XXIV, 1 bei Gelegenheit der Legate.

825) Denn nach der Art wie Gaj. II, 193 Ulp. XXIV, 3 ſich äußern, kann man ſie nicht, wie die oben S. 564 beſprochenen, für eine Formel jüngeren Urſprungs halten. Dieſelben Ausdrücke kommen auch in der Formel der nuncupatio vor, ita do, ita lego; vielleicht liegt darin die Löſung verborgen.

826) Denn der Teſtator kann Niemandem befehlen Tutor zu ſein. Gaj. I, 149–152. Vat. fr. 229, 230. — Nach der Art, wie Gajus § 149 ſich äußert, muß die Formel: tutor esto neueren Urſprungs ſein, und dies würde ſich aus dem angegebenen Grunde gar wohl begreifen, ſie enthält gegenüber der correcten Sprachweiſe der ältern Zeit eine Ungenauigkeit.

827) Ueber das Födus ſ. Briss. V. c. 48, 49: amicitia esto, jus belli gerendi ne esto, tradito, restituito; über die lex dedicationis Briss. I, c. 194: legem dixit.. probe factum esto, jus fasque, eadem lex esto, über die Contractsformulare ſ. die Werke von Cato und Varro über den Landbau. Iſt es Zufall, daß Livius, der ſich bei dem foedus des Impe-

Der Imperativ konnte entweder direkt auf das Thun oder auf das Schuldigsein zum Thun lauten, so z. B. beim Damnationslegat: heres dato oder damnas esto dare, ohne daß dies einen Unterschied begründet hätte. Ob die ältere Zeit hier nicht strenger verfuhr, ist eine Frage, die ich nur aufwerfen, nicht beantworten kann.[827a])

2. Der Conjunctiv. Er schließt sich dem Imperativ insofern an, als auch er eine Art des Befehls, aber in milderer, schonenderer Form enthält. So gebraucht ihn zunächst der Senat. Seiner ursprünglichen Stellung nach kann der Senat nicht befehlen, sondern nur begutachten, befürworten, anempfehlen, auffordern. Die entsprechende Form dafür war der Infinitiv (No. 3) und der Conjunctiv; jener, wie es scheint, mehr für die bloße Erklärung, dieser mehr für die Aufforderung. Der Senat behielt diese beiden Formen auch dann noch bei, als er der Sache nach bereits eine gesetzgebende Gewalt erlangt hatte.[828]) Sodann gebraucht den Conjunctiv auch der Prätor in seinem Edict. Alle Verfügungen des prätorischen Edicts sind, insofern der Prätor nicht in erster Person von dem spricht, was er selber thun werde (s. u.), im Conjunctiv gehalten. Denn der Prätor hat keine gesetzgebende Gewalt, und wenn er trotzdem Rechtsgrundsätze in dem Edict aufstellt, so darf er sie doch nicht in die Form des Gesetzes

---

rativs bedient (s. z. B. XXXVIII, 11 u. a. St. bei Briss.), die von dem Feldherrn entworfenen Friedensbedingungen XXXIII, 30. XXXIV, 35 im Conjunctiv faßt?

827a) Die Form dato beim Damnationslegat, welche Ulp. XXIV, 4 mit der andern auf eine Linie stellt, begleitet Gajus II, 201 mit dem Zusatz: sed et si dato scriptum est, per damnationem legatum est — meines Erachtens ein deutliches Zeichen ihres relativ neuen Ursprunges.

828) Beispiele: SC. de Bacchanal. (das älteste erhaltene): ne quis adesse velit. SC. de curator. aquarum (bei Frontin) uti darent, attribuerent, ut liceret, ne cui liceret. SC. de aedificiis non diruendis: ne quis domum dirueret; poenam inferri cogeretur, venditio irrita fieret. Ebenso in den Municipaldecreten (Beispiel bei Haubold. monum. leg. S. 232).

d. h. den Imperativ kleiden. Wie die bonorum possessio ſich zur hereditas verhält, ſo der Conjunctiv des Prätors zum Imperativ des Volks, d. h. der Sache nach leiſtet er daſſelbe, aber die Art, wie er es thut, die Form, die Vorſtellungsweiſe, die ſich damit verknüpft, iſt verſchieden. Aus der reichen Zahl von Beiſpielen nenne ich folgende:[829]

1. exhibeas, restituas, satisdet, bona veneant.
2. ne quid facias, immittas, fiat, ne quis in jus vocet, vi eximat.
3. ut eant aut satisdent, ut solvat.

Sodann iſt der Conjunctiv die Form des Entwurfs oder Antrages. Der Magiſtrat, der einen Geſetzentwurf oder irgend einen Antrag ans Volk bringt, leitet ihn ein mit den Worten: rogo, velitis, jubeatis, Quirites, oder vellent, juberent, dem dann der Antrag ſelbſt durchweg in Form des Conjunctivs gehalten folgt.[830] In derſelben Weiſe bedient ſich der Senat dem Magiſtrat gegenüber des Conjunctivs, indem er ihm den Entwurf der von ihm zu treffenden Verfügungen unterbreitet.

3. Der Infinitiv. Er iſt die Form des Meinens, der Anſicht, Ueberzeugung, Erklärung, des Gutachtens, Urtheils. Darum findet er ſeine Hauptanwendung in den Senatsbeſchlüſſen.[831]

Auch das richterliche Urtheil kann außer der Form der Condemnation die des bloßen Ausſpruches annehmen (B. 1 S. 73); der dabei benutzte ſolenne Ausdruck iſt: videri.[832] Ebenſo das

---

829) Eine ganze Blumenleſe von Conjunctiven ſ. in L. 1 §. 10 de ventre inspic. (25. 4).

830) Beiſpiele über verſchiedene Anträge bei Briss. II, c. 1.

831) Die Einleitungsphraſen waren: placere, videri, curae fore, existimare, censere, arbitrari, aequum censere, judicare u. a. mit dem Accuſativ cum Infinitiv oder bei Befehlen mit ut und ne, ſ. Briss. II, c. 73 und fl. Daß beide Formen urſprünglich ohne allen Unterſchied gebraucht ſein ſollten, kann ich nicht glauben, vermag jedoch nichts Beſtimmtes darüber anzugeben.

832) Cic. Acad. prior. II, 47: majores voluerunt... quae judices

Zeugniß (Gutachten des Kunstverständigen?), für welches der Ausdruck: arbitrari üblich war,[833]) und höchst wahrscheinlich wird man in älterer Zeit diese Form auch bei allen Arten von Gutachten beobachtet haben, so z. B. bei den Responsen der Juristen, Augurn, Fetialen, Pontifices u. s. w.[834])

4. Der Indicativ. Er ist die Form der Behauptung, Erklärung, Versicherung, Constatirung. Aber mit einem wohl zu beachtenden, ungemein feinen Unterschiede. Wenn die Thatsache, welche der Sprechende behauptet, lediglich auf seiner subjectiven Ueberzeugung beruht, z. B. daß er Eigenthümer oder Gläubiger sei, so kann er nicht sagen: res mea est, te mihi dare oportet, sondern nur: ajo rem meam esse, ajo te mihi dare oportere.[835]) Anders hingegen, wenn seine bloße Erklärung ausreicht, die beabsichtigte Wirkung objectiv hervorzurufen, oder wenn sie seine eigene Handlung oder eine Thatsache, die vor seinen Augen geschieht, constatiren, ohrenkundig machen soll. Hier spricht er kategorisch, also z. B. praes sum, spondeo, hereditatem adeo, manum injicio, silentium est, dixere. Besonders instructiv ist in dieser Beziehung die Formel der Mancipation. Die Behauptung des Empfängers, daß er die Sache gekauft habe, lautet kategorisch und objectiv: est emtus; dagegen die damit verbundene, daß er jetzt Eigenthümer sei: ajo, rem meam esse, ähnlich wie die Formel im Vindicationsproceß.

cognovissent, ea non ut esse facta sed ut videri pronuntiarent. Beispiele bei Briss. V, c. 218. Namentlich scheint im Sacramentsproceß das Urtheil auf sacramentum (actoris, rei) justum videri gelautet zu haben Keller Civilproceß §. 66 bezeichnet das videri bloß als „alt anständig".

833) Cic. pro Fontejo c. 9: illud verbum consideratissimum nostrae consuetudinis: arbitror, quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati quae comperti habemus, quae ipsi vidimus. Acad. prior. II, 47.

834) Daß man späterhin sich nicht an diese Form band, ist freilich unzweifelhaft, allein dies ist für die ältere Zeit durchaus nicht maßgebend. Beispiele jener Responsen s. bei Briss. I, 211, 215, 218 II, 98 III, 88 u. a.

835) Die letztere Formel bei Val. Prob. de notis §. 4, die erstere bei Gaj. IV, 16.

Beides gleich logisch gedacht. Denn die Thatsache des Kaufes wird durch jene Erklärung objectiv hergestellt und constatirt, nicht aber die des Eigenthumserwerbes, denn sie ist von dem Eigenthum in der Person des Gebers abhängig, der Erwerber kann rücksichtlich ihrer mithin nur eine subjective Ueberzeugung äußern.

Das Futurum in erster Person ist die Ausdrucksform der Absicht und namentlich auch die des Versprechens. Seine wichtigste und interessanteste Anwendung findet es im prätorischen Edicte; es ist, so zu sagen, das Monogramm des Prätors. Als Beispiel nenne ich: actionem, judicium, in integrum restitutionem, interdictum, bonorum possessionem dabo, non dabo, jubebo, pacta conventa servabo, ratum habebo, animadvertam, vetabo, cogam, permittam.[836]) Es kann nicht Zufall sein, daß der Prätor durchgehends in erster Person spricht. Warum nicht ein einziges Mal das Futurum in dritter Person, z. B. actio dabitur, pacta conventa servabuntur, ratum erit u. s. w.? Warum ferner stets das Futurum, warum nicht, wie anderwärts, die Wendung: ratum est? Läge hier nicht eine Absicht zu Grunde, es müßte wenigstens hier und da sich auch einmal eine andere Form eingeschlichen haben. Die Absicht ist nicht schwer zu errathen. Der Prätor hatte keine legislative Gewalt, er konnte also z. B. nicht sagen: Die Pacta sollen gültig sein oder sind gültig. Was er vermochte, war bloß zu versprechen: er werde sie schützen, aufrecht halten und auch er nur während der Dauer seines Amtsjahres. Sein Nachfolger konnte das Edict ändern, und darum durfte er, wenn er nicht mehr versprechen wollte als

836) Das Präsens kommt fast nur in der im Edict aufgestellten Formel der Interdicte vor: vim fieri veto; es ist, wie Schmidt von Ilmenau, Zeitsch. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII S. 44 es richtig ausdrückt, die Form des Spezialbefehls, wozu sich in Bezug auf die Partheien die zweite Person gesellt (unde tu illum vi dejecisti, uti possidetis), während letztere bei den generellen Rechtsvorschriften generell z. B. si quis dicetur bezeichnet werden.

er zu halten vermochte, nur sagen: ich werde die Klage ertheilen oder nicht ertheilen, die Verträge aufrecht halten u. s. w. So ist mithin diese stylistische Nüancirung ungemein prägnant; sie zeichnet wie mit einem Pinselstrich das ganze Wesen des prätorischen Rechts.[836a])

In den solennen Formeln des ältern Civilrechts hingegen hat umgekehrt das Futurum keinen Raum. Sie lauten sämmtlich auf das Präsens.[837]) Für die eigentlichen Legisactionen ist dies ausdrücklich bezeugt. Nulla legis actio, sagt Paulus,[838]) prodita est de futuro; es könnte ebenso gut heißen: in Futuro: im Futurum. Allein auch für die nicht-obligatorischen Rechtsgeschäfte (z. B. die mancipatio, in jure cessio, manumissio) ist dies außer allem Zweifel; es hängt mit einem Princip zusammen, das ich erst an einem spätern Orte (B. 3 §. 53) näher begründen kann, nämlich mit dem Princip der Präsenz der Requisite und Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Moment seines Abschlusses — jene müssen bereits vorhanden sein, diese sofort beginnen, das Rechtsgeschäft kann weder anticipirt, noch suspendirt werden.

Es bleibt mir schließlich noch:

836a) Dirksen a. a. O. faßt die Sache folgendermaßen: „Noch mehr aber bestätigt sich der innige Zusammenhang der Edicta perpetua mit dem Gewohnheitsrecht dadurch, daß der Magistratus, welcher in seinem Edict jederzeit in der ersten Person von sich spricht, sich selbst nur als den Executor von Rechtsprincipien hinstellt, deren zureichende Begründung er stillschweigend voraussetzt, ohne eine bestimmte positive Quelle dafür anzuführen." Meines Erachtens sehr gesucht und unschlüssig! Das „Ich" des Prätors stellt die Persönlichkeit in den Vordergrund, gerade im Gegensatz zu der objectiven Regel des Gesetzes oder Gewohnheitsrechts, und wenn irgendwo, so ist hier mit dieser Betonung der Persönlichkeit mittelst eines Federstrichs der ganze Charakter der Institution selber gekennzeichnet worden.

837) So auch die römische Stipulationsform mit spondeo. Die abstractere an kein bestimmtes Wort gebundene Stipulation des jus gentium hingegen (S. 537) kann im Futurum geschlossen werden: dabis? dabo, facies? faciam.

838) Vat. fragm. §. 49.

5. Die Form der Frage und Antwort. Für gewiſſe Gelegenheiten verſteht ſie ſich von ſelbſt, für andere Verhältniſſe hingegen iſt ihre Wahl eine bedeutungsvollere; es liegt ihr eine beſtimmte Abſicht zu Grunde, die wir zu ermitteln haben.

Wenn der Beklagte bei Beginn des Proceſſes vor dem Prätor (in jure) aus eignem Antriebe ein für den Kläger wichtiges Geſtändniß ablegte, ſo hatte dies nicht die Kraft einer confessio in jure; er mußte gefragt ſein (interrogatio in jure).[839] Warum? Das Geſtändniß als ſolches iſt etwas Beziehungsloſes; ſoll daſſelbe eine Beziehung auf dieſen Kläger erhalten, ſo muß dies durch eine Handlung von ſeiner Seite vermittelt werden. Dies geſchieht durch die Frage. Jetzt iſt das Geſtändniß ihm abgelegt (in personam, nicht bloß in rem).

Ebenſo bei dem Verſprechen. Uns zwar mag es ſo ſcheinen, als ob die beabſichtigte Richtung des Verſprechens auf dieſen Gläubiger ſchon vollſtändig dadurch an den Tag gelegt werde, daß die Leiſtung an ihn erfolgen ſolle, einerlei ob das Verſprechen ihm gegenüber abgelegt ſei. Allein dann hätte es auch als confessio in jure gelten müſſen, wenn der Beklagte ungefragt geſtanden hätte, daß er dieſen Kläger beſtohlen oder von ihm etwas erhalten habe. Die bloße Beziehung des Inhalts der Ausſage auf ihn genügt nicht, die Beziehung muß hier wie dort durch eine Willenserklärung des Gläubigers hergeſtellt werden.

Allein warum kann dies in beiden Fällen nicht durch Acceptation geſchehen? Ein acceptirtes Geſtändniß oder Verſprechen, ſollte man ſagen, ſtände einem auf Grund der Frage abgelegten völlig gleich. Die Antwort iſt: weil der, welcher erwerben

---

839) Dies geht hervor aus der Art, wie Ulpian in L. 9 pr. de interr. (11. 1) ſich äußert: si sine interrogatione quis responderit se heredem, pro interrogato habetur. Ein Beiſpiel einer Frage aus dem Legisactionenproceß bei Gaj. VI, 16: postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

will und später möglicherweise klagen muß, die Initiative ergreifen muß.[840]) Bei Akten, bei denen die Handlung des einen Theils genügt wie bei der Mancipation und der gerichtlichen Abtretung, der andere aber sich auf eine passive Assistenz beschränken kann, bedarf es aus diesem Grunde der Frage nicht. Anders aber, wenn der Akt eine Erklärung des zu Verpflichtenden erfordert, und zwar eine solche, die ihm von dem Gegner nicht anbefohlen werden kann. Hier hat letzterer die Erklärung zu formuliren und ihm vorzulegen[841]) und zwar in Form der Frage, weil diese Form, indem sie die Möglichkeit der Bejahung oder Verneinung offen läßt, implicite die Freiheit des andern Theils anerkennt, während der Befehl seiner Idee nach diese Freiheit ausschließt, mithin nur da am Platz ist, wo der Andere ihn befolgen muß.

Die Anwendbarkeit der Frage war begreiflicherweise auf die obigen beiden Fälle der interrogatio in jure und der stipulatio nicht beschränkt. Es hat aber kein Interesse, die sämmtlichen oder auch nur die Hauptfälle aufzuführen, ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß bei ihnen allen der obige Gesichtspunkt sich zu wiederholen scheint, daß nämlich, wer von dem Andern etwas erreichen will, mittelst der Frage die Initiative ergreift, sei das zu Erreichende eine bloße Meldung, Aussage, wie bei der Frage

840) Die Begründung dieses Satzes an anderer Stelle. Als Beispiel diene die mancipatio; selbst bei der Testamentserrichtung spricht zuerst der familiae emtor und erst nach ihm der Testator. Consequenterweise wird denn auch die stipulatio nach der Thätigkeit des Promissars, nicht wie unser „Versprechen" nach der des Schuldners benannt, und beim Kauf- und Miethcontract, wo die Thätigkeit beider Theile sich völlig gleich steht, gebraucht die römische Sprache nicht gleich der unsrigen bloß einen Ausdruck, sondern emtio venditio, locatio conductio; beide Theile erwerben. Es ist der nur formelle Ausdruck dieses Grundsatzes, daß die römische demonstratio in allen Beispielen, welche uns Gajus (IV, 40, 47, 59, 136, 137) nennt, stets auf die zur Begründung der Obligation erforderliche Thätigkeit des Klägers (deposuit, stipulatus est, vendidit), nie auf die dazu ebenso wesentliche des Beklagten lautet.

841) Damit hängt die Interpretationsregel in L. 39 de pact. (2. 14) und L. 38 §. 18 de V. O. (45. 1) zusammen.

des Magiſtrats an den Augur oder eine Autoriſation, wie bei der des Fetialen an den König [842]) oder, wie in den eben angegebenen Fällen, eine Verpflichtung des andern Theils.

Die Form der Bitte, welche namentlich in den Fideicommiſſen eine rechtshiſtoriſche Bedeutung gewinnt, gehört, wie letztere ſelber dem ſpätern Rechte an; in der ältern Zeit war ſie die entſprechende Ausdrucksform für rechtlich nicht verbindliche Auflagen.

2. Die juriſtiſche Syntax.

Die rechte logiſche Reihenfolge der Worte und Satztheile feſtzuſtellen war ein Problem, mit dem das klaſſiſche Alterthum ſich vielfach beſchäftigt hat. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch die alten Juriſten bei der Abfaſſung der Formeln auf dieſe Frage geführt und ihr in irgend einer Weiſe gerecht werden mußten. Ihre Antwort darauf iſt uns aufbewahrt, ſie liegt in den uns erhaltenen Formeln, aber freilich bedarf es erſt eines Suchens um ſie zu finden.

Nach dem Vorbilde der Syntax haben wir die Stellung der einzelnen Worte und die der einzelnen Satztheile ins Auge zu faſſen. Ueber erſtere habe ich wenig zu ſagen, da es nicht meine Abſicht ſein kann, mich auf das Gebiet rein grammatikaliſcher für meine Zwecke werthloſer Unterſuchungen zu verlieren. Ich beſchränke mich auf folgende abgeriſſene Bemerkungen. [843])

---

842) Liv. I, 24. Jubesne me, Rex, ... foedus ferire ... facisne me tu regium nuntium u. ſ. w.? Ob nicht auch die tutoris auctoritas früher durch eine eigene darauf gerichtete Frage hervorgerufen werden mußte, laſſe ich dahin geſtellt, nach neuerm Recht (L. 3 de auct. 26, 8 Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat; valet ejus auctoritas) bedarf es derſelben nicht.

843) Daß bei der Anrufung einer Perſon (z. B. der Götter, Cato de re rust. c. 132, 134. Liv. I, 18. VIII, 9) der Name gleich am Anfang genannt wird und daß eben ſo die Formula mit der Nennung des Richters (M. M. judex esto) beginnt, verdient kaum der Hervorhebung.

Wenn mehrere einzelne Arten eines Gattungsbegriffs aufgeführt werden, die aus verſchiedenen Zeiten datiren, im übrigen aber ſich gleichſtehen, ſo wird die chronologiſche Reihenfolge derſelben inne gehalten, alſo z. B. die lex vor dem Plebiſcit, beide zuſammen vor den Senatsbeſchlüſſen, letztere vor den Conſtitutionen der Kaiſer genannt.[844]) Wie ſehr dies in der Weiſe der Römer gelegen haben muß, geht daraus hervor, daß eine bei den römiſchen Archäologen ganz verbreitete Anſicht den Grund, warum bei Anrufung mehrerer Götter Janus die erſte Stelle einnehme, darin finden wollte, daß er der älteſte geweſen ſei. Ob dieſe Anſicht richtig, und ob nicht vielmehr umgekehrt die letztere Annahme bloß jener Erklärung zu Liebe aufgeſtellt worden iſt, will ich nicht entſcheiden,[845]) für unſern Zweck genügt die bloße Thatſache einer ſolchen Anſicht.

Auch der Aberglaube hatte an der Ordnung, in der man die verſchiedenen Namen aufzählte, ſeinen Antheil. Auf Namen glücklicher Vorbedeutung legte man in Rom bekanntlich einen hohen Werth; die Träger derſelben waren bei Gelegenheiten, wo man ſich durch dieſe Rückſicht bei der Wahl leiten laſſen konnte, geſuchte Artikel.[847]) Aus dieſem Grunde rief man bei Enrolirung der Mannſchaft die Namen, die eine gute kriegeriſche Vorbedeutung hatten, zuerſt auf, nämlich die der Valerii (d. i. „Kräftigen" von valere) und Statorii (die „Standhalter"), und

844) Ich verweiſe auf die ſtehende Formel lex sive Plebiscitum und ſodann auf L. 7 §. 7 de pact. (2. 14) . . adversus leges, Plebiscita, SCa, edicta principum. L. 1 §. 8 de post. (3. 1) lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum . . L. 1 §. 1 i. f. ex quib. causis (4. 6) u. a. Plinius H. N. XXXIII, 8 . . qua de causa et nunc (equester ordo) post populum scribitur, quia novissime coeptus est adjici.

845) Man hatte auch andere Deutungen allegoriſcher Art, die ebenfalls bei der bekannten Weiſe der Römer große innere Wahrſcheinlichkeit haben, z. B. daß Janus als Pförtner den Bitten den Eingang öffnen ſolle. Die ſämmtlichen Belegſtellen ſ. bei Briss. I, c. 75.

847) So z. B. um das Opferthier zu führen. Plin. H. N. XXVIII, 5.

waren keine da, ſo wurden in ächt römiſcher Weiſe — welche fingirt.[848])

Nach einem Bericht von Plinius war ſogar in einem Fall die Ordnung der Worte durch ein Geſetz ausdrücklich beſtimmt.[849]) Der Magiſtrat ſollte nämlich bei Verhängung einer Brüche zuerſt die Schaafe und dann die Rinder nennen, und darin will jener Schriftſteller einen Beweis von Milde der ältern Geſetze finden. So lauten ſeine Worte, allein es iſt offenbar, daß dieſelben etwas anderes ſagen ſollen, oder daß ſie etwas Verkehrtes enthalten. Das Richtige ſchimmert deutlich durch. Jene Ordnung bezog ſich auf die Steigerung der Brüche bei fortgeſetzter Halsſtarrigkeit. Der Magiſtrat ſollte mit dem niedrigſten Satz: dem Schaaf beginnen und erſt, wenn dieſe Strafe ſich als unausreichend erwieſen hatte, in Rindern brüchen.[850])

Von ungleich höherem Intereſſe als die Reihenfolge der einzelnen Worte iſt die der einzelnen Satztheile oder die logiſche Gliederung des Gedankens. Das einfache Princip dieſer Anordnung beſteht darin: was nach Regeln der Logik und zwar der auf die Rechtsbegriffe angewandten, vorangeht, nimmt in der Formel die erſte,[851]) was nachfolgt, die zweite Stelle ein. Darum geht der eigentlichen Dispoſition voran:

1. die Beſchreibung des Gegenſtandes oder des Verhältniſſes. Als bekannteſten Anwendungsfall nenne ich die demonstratio der Formula:

Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, quade re agitur — quidquid ob eam rem (in den ältern Formeln:

848) Schol. Bob. ad orat. pro Scauro §. 30 (Orelli II p. 374) necesse enim erat, ut haec nomina prima essent in exercitu propter omen. Cic. de nat. deor. II, 27. Cum in omnibus rebus maximam vim haberent prima et extrema.

849) Plin. H. N. XVIII, 3.

850) So iſt Gellius XI, 1 über die multa minima und suprema mit Plinius zu combiniren. Niebuhr Röm. Geſch. B. 2. Aufl. 3. S. 341.

851) Damit hängt auch die Stellung der praescriptiones pro reo (Keller Röm. Civilproc. §. 43) am Anfang der Formel zuſammen.

ejus rei ergo) N. N. A. A. dare facere oportet u. ſ. w. Gaj. IV, 47. — Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum . . meum esse ajo. Cic. pro Mur. 12.

Andere Beiſpiele kommen bei allen Formeln des geiſtlichen, öffentlichen und Privatrechts in unzähliger Menge vor. Z. B.:

Quam rem Senatus Populusque Rom. de republica deque ineundo novo bello in animo haberet — ea res uti u. ſ. w. Liv. XXXI, 5.

2. Die Erwähnung des Eintritts der Vorausſetzung:

Quod me P. Maevius testamento heredem instituit — eam hereditatem adeo cernoque Gaj. II, 166. — Quod tu mihi judicatus sive damnatus es . . . ob eam rem . . manum injicio Gaj. IV, 21. [852])

Quando in jure te conspicio, postulo u. ſ. w. Quando negas, sacramento provoco Val. Prob. de notis §. 4 und Gaj. IV, 16.

Dieſer objective Eintritt der Vorausſetzung läßt ſich ſubjectiv in vielen, wenn nicht in allen Fällen auch als Grund der Handlung auffaſſen, dies darf uns jedoch nicht abhalten, des letztern als eines eignen logiſchen Moments beſonders zu gedenken.

3. Der Grund. Dem Schluß oder Entſchluß geht der Grund logiſch voran. So bei der Formel der gerichtlichen Prodigalitätserklärung:

Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis . . . ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Paul. Sent. Rec. III, 4a §. 7.

und bei der Kriegserklärung, wobei ein doppelter Grund, oder richtiger ein Grund des Grundes angegeben wird:

Quod populi priscorum Latinorum . . . adversus P. R. Q. fecerunt, deliquerunt (Fundamentum remotum) quod P. R. Q.

852) Für dieſen Fall iſt ſogar das Erforderniß der vorherigen Namhaftmachung der causa von Gaj. IV, 24 ausdrücklich hervorgehoben.

bellum cum . . . jussit esse (Fundamentum proximum) . . . ob eam rem . . . bellum indico facioque. Liv. I, 32.

4. Die Bedingung. Denn die ganze Dispoſition iſt nur für den Fall beabſichtigt, daß die Bedingung eintreten ſollte; wer über jene zu erkennen hat, muß ſich erſt des Eintritts dieſer vergewiſſern, jene Anordnung weiſt ihm alſo, ſo zu ſagen, den Gang an, den er bei der Unterſuchung einzuhalten hat.

Dieſe logiſch nothwendige Stellung der Bedingung kehrt daher, ſoweit ich habe vergleichen können, überall wieder. Als Beiſpiele verſchiedener Geſchäfte nenne ich folgende:

Das Votum: Si bellum .. confectum erit, tum u. ſ. w. Liv. XXXVI, 2. [853])

Die Verwünſchung bei Abſchluß des Födus: Si prior defexit .. tu .. Jupiter populum Rom. sic ferito u. ſ. w. Liv. I, 24.

Die Intentio in der Inſtruction an den Richter: Si paret, N. N. Ao Ao centum dare debere, condemna, si non paret; absolve. Gaj. IX, 41, 43 [854]) und die angeblich älteſte Formel bei Liv. I, 26.

---

853) Eine ganze Blumenleſe bei Briss. I, c. 159 und fl. Die bei den Dichtern vorkommenden Vota eigner Fabrication können natürlich nicht mit in Betracht kommen, obgleich auch ſie regelmäßig die Bedingung voranſtellen.

854) Ich benutze dieſe Gelegenheit, um auf einen für die ſcharfe Faſſung der Formeln recht lehrreichen Beleg aufmerkſam zu machen. Enthält nämlich nicht das: si non paret absolve einen Pleonasmus? verſtand es ſich nicht von ſelbſt, daß der Richter zu abſolviren hatte, wenn die Bedingung der Condemnation, das si paret nicht eingetreten war? Für uns wohl, und ebenſo dachten die ſpätern römiſchen Juriſten (L. 37 de R. J. 50. 17. L. 3 de re jud. 42. 1), allein die frühern verlangten, daß dies ausdrücklich hervorgehoben werde, denn das Gegentheil von si paret, condemna iſt ſtreng genommen nicht das poſitive: absolve, ſondern das negative: ne condemna. Darin beruhte auch vielleicht die Nothwendigkeit der ausdrücklichen exheredatio bei der bedingten heredis institutio eines suus heres, was ich hier nicht weiter ausführen kann. Nur wo beim Nichteintritt der Bedingung lediglich die bedingt geſetzte Folge ausfallen ſoll (z. B. si fece-

Die Erbeseinsetzung und sämmtliche bedingte Dispositionen des Testaments. Gaj. II, 179, 235. L. 40 §. 3, 8 de statulib. (40. 7). [855])

Dagegen gehen nach:

1. die Beschränkung, die Auflage. Darum wird bei Bestellung der Servitut durch deductio die Servitut als eine Beschränkung des Eigenthums hinter letzterem erwähnt:

ajo hunc fundum meum esse . . deducto usufructu. Vat. fr. §. 50.

Aus demselben Grunde konnte auch das Legat nur hinter der Erbeseinsetzung Platz finden, denn es enthält eine Verminderung der Erbschaft, [856]) und eben darum meinten diejenigen Juristen, welche diesen Gesichtspunkt für den entscheidenden ansahen (s. u.), daß die tutoris datio vor der Erbeseinsetzung stehen dürfe. [857]) Ein anderes Beispiel, das ich jedoch erst bei einer andern Gelegenheit klar machen kann, gewährt die cretio:

Titius heres esto, cernitoque etc. Ulp. XXII, 33.

2. Die Ausnahme. Der bei weitem wichtigste Anwendungsfall ist die Stellung der exceptio in der Formula. Wer mit mir die Ueberzeugung theilt, daß über Fragen der juristischen Syntax nicht stylistische Rücksichten, [858]) sondern nur die Gesetze der logischen Ordnung entschieden, kann darüber nicht zweifelhaft sein, daß die exceptio an das Ende der intentio gehörte. An das Ende der condemnatio gesetzt [859]) hätte sie gesagt: erst con-

---

rim, spondesne centum dare, bedarf es der ausdrücklichen Hervorhebung nicht; die reine Negation versteht sich von selbst.

855) Viele andere Belege bei Briss. VII, c. 62 u. a. a. St.

856) Delibatio hereditatis, L. 116 pr. de leg. I. (30).

857) Gaj. II, 231 . . quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

858) wie Savigny System V §. 226 Note e sie in die Wagschale wirft, indem er gegen die im Text vertheidigte Ansicht den Einwand des „unbehülflichen und undeutlichen Ausdrucks" geltend macht.

859) was Savigny schlechthin will und Keller Röm. Civilproc. §. 34 Note 376 wenigstens für möglich hält. Die lex Rubria c. 20, die er

demnire, o Richter, und dann unterſuche, ob nicht eine Ausnahme vorliegt.

3. Der Zweck. Ich nenne die bekannte Eidesformel: se uxorem liberorum quaerendorum causa habere. Gell. IV, 3.

4. Die acceſſoriſche Dispoſition. Von den verſchiedenen Dispoſitionen eines Geſchäftes iſt diejenige zuerſt zu nennen, von deren Gültigkeit und Beſtand alle andern abhängen. Damit das Legat zu Recht beſtehe, muß vorher die Erbſchaft angetreten ſein, die Frage nach den Legataren kann erſt aufgeworfen werden, wenn die nach dem Erben erledigt iſt; es muß alſo im Teſtament die Erbeseinſetzung den Legaten und allen übrigen Dispoſitionen vorausgehen. [860]) Ebenſo kann eine Pupillarſubſtitution nur angeordnet werden, nachdem der Teſtator ſich ſelber den Erben ernannt hat. [860a]) Eben darum war auch die Anſicht der Proculejaner, [861]) daß die tutoris datio ihren Platz vor der Erbeseinſetzung finden könne, im Geiſt des ältern Rechts entſchie-

---

anführt, beweiſt dies nicht, denn die condemnatio ſteht in der von ihr aufgeſtellten Formel ganz am Ende (C. S. N. P. A. d. h. Condemna, Si Non Paret Absolve). Der Schein des Gegentheils iſt durch die Auflöſung von E. J. in eum jube veranlaßt — eine Auflöſung, die aus mehreren, ziemlich auf der Hand liegenden Gründen unmöglich iſt. — Darum kann auch die deductio bei der Klage des bonorum emptor unmöglich hinter der condemnatio geſtanden haben, wie Dernburg, Ueber die emtio bonorum S. 142 und Die Compenſation Aufl. 1 S. 54 ſie ſtellt (in der zweiten Aufl. der letzteren Schrift hat er S. 42 nach v. Scheurl Beiträge I S. 155 ſeinen Irrthum berichtigt). Es hätte geheißen: Richter, verurtheile erſt den Beklagten auf das Ganze und hinterher ziehe ab!

860) Gaj. II, 229. — Ante heredis institutionem inutiliter legatur, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio §. 230 (libertas) §. 231 (tutoris datio). Auch die exheredatio konnte früher erſt nach der hered. institutio geſchehen, bis Hadrian das Gegentheil erlaubte, L. 1 pr. de hered. inst. (28. 5).

860a) Das Gegentheil bezeichnet der Juriſt in L. 2 §. 4 de vulg. subst. (29. 6) als „convertere ordinem scripturae".

861) Gaj. II, 231.

den zu verwerfen; ſie wurzelte in der einſeitigen Geltendmachung des oben (Note 857) angedeuteten Geſichtspunktes.

Wenn ein Teſtator ſeinen Sklaven im Teſtament zugleich freilaſſen und zum alleinigen Erben einſetzen wollte, welche von beiden Dispoſitionen hatte er zuerſt zu treffen?

Um Erbe zu werden, mußte der Sklav vorher frei ſein; um frei zu werden, mußte die Erbſchaft angetreten ſein. Es war ein Cirkel, aus dem es keinen Ausweg gab, eine logiſche Sackgaſſe, und wäre nicht am Ende die Rückſicht auf das praktiſche Intereſſe in den alten Juriſten doch noch mächtiger geweſen als alle Macht der Sophiſtik, ſie würden jene Dispoſition für unmöglich haben erklären müſſen. In unſern Quellen iſt dies Bedenken nirgends berührt.[861a])

Die bisherige Unterſuchung kann als erſter in dieſer Richtung unternommener Verſuch unmöglich auf Vollſtändigkeit Anſpruch machen; ein Gebiet, das ſchon dem erſten Anlauf eine reiche Ausbeute gewährte, ſchließt jedenfalls noch eine Menge ungehobener Schätze in ſich[861b]) und ich kann nur wünſchen, daß mein Beiſpiel dazu beitragen möge die hiſtoriſche Forſchung mehr als bisher auf dieſen ſo völlig vernachläſſigten Punkt zu richten.[861c]) Daran würde ſie einen ungleich würdigeren und dank-

---

861a) S. jedoch L. 14 de penu leg. (33. 8); ein Juriſt der ältern Zeit würde ſchwerlich ſo argumentirt haben.

861b) Ich unterdrücke ſelber einige abgeriſſene Beobachtungen, für die ich keine rechte Stelle habe finden können, jedoch möge folgende hier Platz finden. Warum lautete die Formel des Vindicationslegats: capito, sumito, habeto, die des Damnationslegats: dato, facito? Hätten ſie nicht umgekehrt lauten können? Nein! Die Obligation geht auf eine Leiſtung, ein dare facere des Schuldners, der Eigenthumserwerb beſteht nach römiſcher Anſicht in einem Nehmen des Erwerbers (B. 1 S. 110), einem capere, sumere, darum lautete die eine Formel auf eine Handlung des Erben, die andere auf eine des Legatars, ohne des Erben zu erwähnen (ſo wie ja auch die der mancipatio und in jure cessio des bisherigen Eigenthümers nicht gedenkt).

861c) [913] Ich möchte ihn insbeſondere auch der Aufmerkſamkeit der Philologen empfehlen. Wo fänden dieſelben z. B. eine ſo abſichtliche Unter-

bareren Gegenſtand beſitzen als an der heutzutage faſt zu einer Modekrankheit der Rechtshiſtoriker, die es ſind und die es ſein wollen, gewordenen Unſitte des Reconſtruirens römiſcher Klagformeln. Wenn man bedenkt, wie lückenhaft und völlig unvollkommen zur Zeit noch unſere Kenntniß der Geſetze dieſes Zweiges der altjuriſtiſchen Kunſt beſchaffen iſt, und wie wenig unſer modernes Auge die Schärfe oder Uebung beſitzt, die Feinheiten derſelben wahrzunehmen, ſo daß ſelbſt unſern größten Meiſtern Verſtöße der aller gröbſten Art begegnen konnten,[861d]) ſo wird man derartigen

---

ſcheidung der Conjunctionen quod und quando als in den vier Formeln der cognitoris datio bei Gaj. IV, 83, von denen die beiden des Klägers ſich der einen, die des Beklagten ſich der andern bedienen? (Vergl. auch die beiden Beiſpiele auf S. 599.) Ich bin feſt überzeugt, daß die begriffliche Nüancirung der Conjunctionen quod, quum, quoniam, quando, si u. ſ. w. nirgends ſo beobachtet und folglich auch zu beobachten iſt als in den alten Formeln.

861d) [915] So z. B. ſtellt Savigny die exceptio hinter die condemnatio (Note 859) — eine Inſtruction an den Richter, die um nichts beſſer iſt, als wenn ein General einem Officier befehlen würde, einen Spion erſt todtſchießen zu laſſen und dann zu unterſuchen, ob er auch wirklich Spion geweſen ſei, in dieſem Fall ihn aber nicht todtſchießen zu laſſen. Puchta (Curſus der Inſt. II §. 162 not. o) gibt als Formel, wodurch der Prätor die Partheien zum manus conserere bei Grundſtücken aufforderte, folgende an: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Statt der geſperrten Worte hat Cic. pro Mur. 12, dem die Formel entnommen iſt: istam viam dico, die aber Ciaconius („satis ingeniose e Festo.“ Orelli ad h. l.) mit jenen vertauſcht und darin an Puchta einen Nachfolger gefunden hat. Wer die Formel bei letzterm lieſt, muß ſie für eine ächte halten, ſie wird mitgetheilt mit Angabe der Quellenbelege und ohne weitere Warnung. Der Umſtand, daß ein Mann wie Puchta jene Worte nicht ſofort für unmöglich erkannte, liefert einen frappanten Beweis dafür, wie wenig wir uns noch in das römiſche Formelweſen hineingedacht haben; ſie enthalten einen Verſtoß gegen die einfachſte Bauernlogik — jeder Römer würde den Prätor verlacht haben, der ihm befohlen hätte, zuerſt die Scholle zu holen und dann ſich auf den Weg zu machen! Einen gleichen Verſtoß, den ich wohl nicht erſt zu erläutern brauche, begeht Puchta in ſeinen Pandekten §. 504 mit ſeiner „Setzung eines Termins der Erklärung als Bedingung der Einſetzung“ (alſo etwa ſo: si intra dies 100 creveris, heres esto!). Andere Beiſpiele ſ.

zum großen Theil aus wissenschaftlicher Coketterie und Schaustellung hervorgehenden Versuchen schwerlich einen großen Werth für die Wissenschaft beilegen können, vielmehr sich durch sie nur in der hausbackenen Wahrheit bestärken lassen, daß man eine Kunst, bevor man sie übe, erst kennen müsse.

3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

Zu den bisher erörterten Gesichtspunkten und Regeln, die das Rechtsgeschäft in seiner Isolirung auf sich selbst, als einzelnen für sich selbständigen Willensakt zum Gegenstand haben, gesellt sich als ein die Form bestimmendes Motiv noch die innere Beziehung hinzu, in der dasselbe zu andern rechtlichen Thatsachen steht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erläßt, so ist dieser Erlaß zwar ein einzelner, selbständiger Akt, allein er steht in einem nothwendigen, innerlichen Bezug zu der Schuld oder dem Akt, durch den letztere begründet ward. Dasselbe gilt

---

Note 859 (Dernburg, Stellung der deductio hinter die condemnatio); S. 587 (Huschke, Gebrauch des Imperativ bei einer Handlung, die der Sprechende selber vorzunehmen hat); B. 3 S. 84 Note 96 (Keller und Rudorff, Construction der act. negatoria und confessoria in einer Weise, daß jene mit Erfolg auch vom Nichteigenthümer, diese aber von dem wirklich Berechtigten nur gegen den Eigenthümer hätte angestellt werden können). S. auch das Zeitschr. f. R. G. I S. 44 von Bruns angeführte Beispiel einer Reconstruction der Formel der act. de pec. const. von Noodt und Haubold, welches darauf hinausläuft, daß der Prätor diese Klage dem Berechtigten dann zu geben verspricht, wenn er vorher den Beweis des constitutum erbracht hat (si appareat, judicium dabo). Ich habe mich bei dieser Auswahl nur auf der Höhe der Literatur gehalten; wollte ich in die Tiefe steigen, welche Ausbeute gäbe es hier. Da findet sich z. B. eine actio pro socio mit der demonstratio: „quod Servilius (der Beklagte) socius est" (Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juriſt. Personen 1863 S. 42), an der nichts richtig ist als die Conjunction quod! Denn 1. lautet jede der uns erhaltenen demonstrationes auf die Person des Klägers und aus gutem Grunde (Note 840), sodann 2. gebraucht jede das Perfectum, ebenfalls aus gutem Grunde, denn das Schuldigsein und das „socium esse" kann man nicht beweisen, sondern nur den in der Vergangenheit liegenden Abschluß des Contracts. Doch genug der Proben!

von der Klage; auch sie steht und fällt mit dem Akt, durch den das verfolgte Recht ins Leben gerufen ist. Ja, gehen wir weiter zurück, so fußen alle diese drei Akte: Begründung, Aufhebung und gerichtliche Geltendmachung eines Rechts als auf ihrem letzten Grund auf dem Gesetz oder dem Recht im objectiven Sinne.

So knüpft sich also zwischen den einzelnen Rechtsgeschäften untereinander und zwischen ihnen und den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen ein Band innerlich nothwendiger Beziehungen. Der Grundsatz des Parallelismus der Begriffe und Formen (S. 470) bewahrheitet sich in dem römischen Recht auch in der Anwendung, daß dasselbe dem Vorhandensein dieser Beziehungen einen morphologischen Ausdruck gegeben hat. Nicht etwa in der rein äußerlichen, ich möchte sagen rohen Weise, daß diese Beziehung in der Formel bloß erwähnt wird. Dies ist in den meisten Fällen gar nicht anders möglich — wie könnte man z. B. eine Schuld erlassen oder einklagen, ohne sie selbst d. h. ihre Entstehung nahmhaft zu machen?

Der Einfluß, den dies Moment auf die Formel oder ich muß allgemein sagen: auf die Form ausübt, ist ein ungleich spirituellerer, er ist wirklich morphologischer Art, d. h. die Form oder die Formel legt durch ihren ganzen Zuschnitt Zeugniß ab von der Beziehung, die zwischen beiden Geschäften oder Thatsachen obwaltet. Dies ist es, was ich unter dem Gesetz der Correspondenz der Form verstehe.

Wäre es nöthig, die einzelnen Anwendungsfälle desselben nach streng logischer Ordnung zu gruppiren, so müßte ich mit der Correspondenz zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Recht im objectiven Sinn beginnen. Allein es scheint mir angemessener, diejenige Ordnung zu wählen, welche den Leser am leichtesten und bequemsten in die Sache einführt, und darum möge die erste Stelle einnehmen:

1. die Correspondenz zwischen den Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse.

Während wir sonst bei den späteren römischen Juristen kein

einziges der von mir bisher entwickelten Gesetze der Form ausdrücklich hervorgehoben finden, bildet das gegenwärtige eine Ausnahme davon. Und in der That konnte sich dasselbe ihrer Beobachtung kaum entziehen, indem es, zu ihrer Zeit noch in ungeschmälerter Kraft und Geltung stehend, mehr als irgend ein anderes in die Augen sprang. Sie drücken es aus: nichts sei so sehr der Natur der Sache entsprechend, als daß etwas auf dieselbe Weise untergehe, wie es entstanden sei.[862] Dasselbe hatte aber nur eine formelle Wahrheit, d. h. nur die Formen und Formeln der Aufhebung des Rechts entsprechen denen seiner Begründung, der Versuch, demselben auch eine materielle Wahrheit zu vindiciren,[862a] war von vornherein verfehlt. Anwendungsfälle desselben sind folgende:[862b]

Der Widerruf des Legats (ademtio legati) von Seiten des Testators kann nicht mit beliebigen Worten, sondern nur mittelst „verba contraria" geschehen d. h. durch Wiederholung der Worte der Errichtung mit hinzugefügter Negation, also z. B. beim Vindicationslegat (do, lego) mit non do, non lego, beim Damnationslegat (damnas esto dare) mit damnas ne esto, bei der Freilassung des Sklaven (liber esto) mit liber ne esto.[863]

---

862) L. 35 de R. J. (50. 17) L. 153 ibid. s. S. 405. Note 523.

862a) Wie in L. 46 de A. P. 41. 2 (Anwendung auf Besitz) und in L. 35 de R. J. cit., wo der Jurist den Parallelismus zwischen den Entstehungsgründen der Obligationen (re, verbis, consensu) und ihren Tilgungsarten behauptet. Wenn Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. IX S. 522 „die Herrschaft des alten Satzes vom contrarius actus" auch darauf erstreckt, so beneide ich ihn nicht um die verzweifelten Anstrengungen, zu denen er sich zu dem Zweck genöthigt sieht, z. B. bei den Consensualcontracten sei der Zahlungsakt regelmäßig mit mutuus dissensus verbunden. Der Irrthum ist übrigens ein viel verbreiteter.

862b) Aus dem heutigen Recht läßt sich als Beispiel die Aufhebung der Wechselschuld nennen. Kuntze, Deutsches Wechselrecht S. 61.

863) Ulp. XXIV, 29. pr. I. de ademt. leg. (2. 21) L. 13 §. ult. de statul. (40. 7). Anders beim Fideicommiß: L. 18 de leg. III, L. 27 Cod. de fideic. (6. 42).

Die Aufhebung einer Nexumsſchuld konnte nur durch einen der Errichtung derſelben correſpondirenden Akt: nexi solutio, liberatio erfolgen. Der Schuldner, der wirklich gezahlt hatte, aber ohne jene Form, blieb verhaftet, während er umgekehrt ohne Zahlung frei ward, wenn der Gläubiger ihn in Form dieſer Scheinzahlung liberirt hatte.

Die ſolenne Form des Erlaſſes einer Stipulationsſchuld und ausſchließlich auf letztere beſchränkt[864]) war die Acceptilation, das directe Gegenſtück der Stipulation. Hier wie dort ward das Geſchäft durch ſolenne Worte und in Frageform abgeſchloſſen, aber mit einer Umkehrung beider. Bei der Stipulation fragte der Gläubiger und antwortete der Schuldner, hier fragte umgekehrt dieſer (acceptum habes?) und antwortete jener (acceptum habeo). Inwiefern dieſe auf „Erhalten haben" geſtellte Faſſung der Acceptilation gegenſätzlich der Stipulation entſpricht, kann nur in einem andern Zuſammenhange (B. 3 Abth. 2) klar gemacht werden.

Daſſelbe galt für den Literalcontract. Ein im Hausbuch (codices accepti et expensi) eingetragener Poſten (nomen) mußte im Hausbuch wieder gelöſcht werden. Die Eintragung war auf die Hingabe (expensum) geſtellt, folglich die Löſchung auf das Erhalten (acceptum); beim Schuldner umgekehrt.

Die Dürftigkeit unſerer Nachrichten verhindert uns zu entſcheiden, ob dieſer Grundſatz nicht noch weitere Anwendung fand, ob z. B. nicht die Auflöſung einer confarreirten Ehe (diffarreatio) der Eingehung derſelben, die exauguratio der inauguratio u. ſ. w. entſprochen habe.[865])

---

864) L. 8 §. 3 de acc. (46. 4): Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim verbis potest tolli, quod non verbis contractum est.

865) Otto jurispr. symb. p. 485 gibt noch einen hiſtoriſch beglaubigten Anwendungsfall an, nämlich den, daß wie die Gründung, ſo auch die Zerſtörung der Städte durch den Pflug zu geſchehen pflegte, ſ. Serv. ad

2. Correspondenz zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts.

Ich brauche nicht daran zu erinnern, daß hier überall nur von formellen Begründungsakten die Rede ist, also z. B. nicht von Delictsobligationen, Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung u. s. w.

Fassen wir zunächst die Eigenthumsklage ins Auge, so kehrt das Charakteristische der Form der Mancipation bei ihr in einer Weise wieder, daß die Annahme einer Absicht sich gar nicht abwehren läßt. Jenes Charakteristische lag in dem Ergreifen der Sache und in der Formel: ajo rem meam esse (S. 522). Letztere ist für die Vindication wörtlich dieselbe, und ebenso wiederholt sich bei ihr auch das Ergreifen der Sache (S. 555). Dasselbe gilt für die act. confessoria und negatoria. [865a])

Diese Beobachtung muß zu der Frage führen, ob nicht bei der persönlichen Klage ein ähnliches Verhältniß obgewaltet haben mag. Valerius Probus hat uns als eine den Legisactionen angehörige Formel die oben Note 835 mitgetheilte: ajo te mihi dare oportere aufbewahrt, in der man, und gewiß mit Recht, die der persönlichen Klage hat finden wollen. [866]) Im Formularproceß lautet die Formel ebenso (si paret) N. N. Ao Ao dare oportere. Als formelle Geschäfte, denen diese Formel correspondiren könnte, kommen nur die Sponsion und der Literalcontract in Betracht. Beide aber schließen den Gedanken an eine Wortallusion

---

Aen. IV, 212 nam ideo ad exaugurandas et diruendas civitates aratrum adhibitum, ut eodem ritu quo condita, subvertatur. Der Grundsatz wird wahrscheinlich wenn nicht seinen Ursprung, so doch eines seiner ältesten Anwendungsgebiete im religiösen Ritus gehabt haben.

865a) L. 20 de S. P. R. (8. 3). Si . . (con) cesseris . . uti frui eo jus esse, deinde ego (con) cessero, jus mihi uti frui non esse.

866) Daß sie aber, wie Einige wollen, der legis actio per condictionem sollte angehört haben, ist schon aus dem Grunde höchst unwahrscheinlich, weil diese legis actio zu Probus Zeit lange aufgehört hatte praktisch zu sein. Keller Röm. Civilproc. §. 14 Note 249 überweist sie dem Sacramentsproceß, und dies scheint mir das Wahrscheinlichere.

aus, denn in dem in der Stipulation wie in der Formel wiederkehrenden bloßen dare Stichum wird man ſie nicht erblicken wollen. Das charakteriſtiſche „oportere" fehlt. Die Correſpondenz war hier eine, wenn ich ſo ſagen darf, idealere, feinere; ſie ſteckt in dem Gegenſatz der Formulirung der Klage in rem und in personam. Das Eigenthum als abſolutes Recht trägt ſowohl bei der Begründung wie bei der Geltendmachung eine abſolute Form an ſich, die Obligation bei dieſer wie jener Gelegenheit eine relative (S. 470).[866a])

3. Correſpondenz zwiſchen der Klage und dem Urtheil.

Die Klage des ältern Proceſſes iſt ſo zu ſagen ein dem Richter unterbreiteter Urtheilsentwurf, ſie muß daher ganz ſo lauten, wie das Urtheil lauten ſoll und kann.[866b]) Daraus ergibt ſich, daß der Kläger abgewieſen wird, wenn in irgend einem Punkt, auch im kleinſten, ſein Entwurf nicht ſo gefaßt iſt, wie der Richter nach Prüfung der Sache das Urtheil ſelber entworfen haben würde — die Wirkung der plus petitio im römi-

---

866a) Inſofern mag man die meines Wiſſens zuerſt von Liebe, Die Stipulation (1840) S. 13 gemachte feine Beobachtung der „äußern Congruenz der eignen Erklärung der Parthei mit dem judicium" als begründet anerkennen. „Das dari oportere mußte in einer daſſelbe gleichſam verkörpernden Form unzweideutig und wie mit den Sinnen wahrnehmbar daſtehen, und dieſes war der Fall, wenn die conceptio verborum: dari spondes? spondeo vorlag" (S. 14 daſelbſt). Jene Correſpondenz der Faſſung der stipulatio und der intentio der Formel wird auch von Gajus betont, nur daß er das obige Verhältniß umdreht, Gaj. IV, 53: itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

866b) S. auch B. 3. S 22. Derſelbe Grundſatz gilt auch für die Anklageſchrift in England und Schottland, ſie iſt ſchon als Ausſpruch der Jury formulirt d. h. auf Schuldig oder Nichtſchuldig geſtellt, in jus concipirt ganz wie die römiſche intentio certa auf „rem ejus, jus ei esse, centum dare oportere". Auch in Frankreich nahm man dieſe Faſſung an, ja der art. 237 des code d'instruction criminelle ſchrieb dieſelbe ſogar wörtlich vor: l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre etc. S. darüber Glaſer, die Fragſtellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863.

schen Proceß ist mit jenem Gesichtspunkt nothwendig gegeben. Daraus ergibt sich ferner, daß die Klage in allen Punkten bestimmt lauten (formula certa), daß sie also den Betrag der Schuld angeben muß und diesen Punkt nicht etwa offen lassen und der Ermittlung des Richters anheim stellen darf (formula incerta). Wie das ältere Recht mit dieser knappen Form der Klage ausreichen konnte, ist nicht dieses Orts anzugeben,[867] ebenso wenig wie die wesentlichen Einschränkungen auszuführen, welche der obige Grundsatz bei den Klagen des neuern Rechts (intentio incerta und formula in factum concepta) erfahren hat.

4. Correspondenz zwischen der Legisactio und den Worten des Gesetzes.

Unter allen Anwendungsfällen unseres Grundsatzes nimmt dieser weitaus die erste Stelle ein. Den einzelnen Legisactionen sind wir früher schon mehrfach begegnet (B. 1 S. 150—164 S. 298—306 und oben S. 390); was uns bisher noch fehlt, ist die allgemeine Theorie derselben, und ich habe keine passendere Stelle sie einzuschalten gefunden als die gegenwärtige Gelegenheit, welche uns gerade auf denjenigen Gesichtspunkt geführt hat, der für die ganze Gestaltung und Handhabung der Legisactionen der maßgebende gewesen ist, ich meine den formellen oder morphologischen: die Correspondenz der legis actio mit den Worten des Gesetzes. Indem wir letzteren nur als Ausgangspunkt der Darstellung benutzen, werden wir im Folgenden die Legisactionen in der ganzen Breite ihrer historischen Geltung und Bedeutung zu schildern und würdigen versuchen.

867) S. darüber B. 3 S. 56 Note 43 (act. furti nicht auf das „dare" einer bestimmten Summe, sondern auf „pro fure damnum decidere oportere" gestellt) S. 70 fl. (Präjudicialklagen über den Betrag der Gegenforderung).

Allgemeine Charakteriſtik der Legisactionen. — Das Geſetz der Correſpondenz der Form. — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktiſche Würdigung und hiſtoriſche Bedeutung der Legisactionen.

XLVII[c]. Ich beginne mit dem Bericht des Gajus.[869]) Die Klagen, deren ſich die Alten bedient, ſagt er, ſeien legis actiones[870]) genannt worden, entweder daher, weil damals die Klagen[871]) ausſchließlich durch die Geſetze, nicht, wie ſpäter, auch durch die prätoriſchen Edicte gewährt worden ſeien, oder daher — und daß dieſe Erklärung die allein richtige iſt, wird der Verfolg der Darſtellung lehren — daß die Klagformeln den Worten der Geſetze nachgebildet geweſen ſeien.[872]). Unabänderlich wie die

869) Gaj. IV, 11, 30.

870) Der Ausdruck: actio, agere hatte urſprünglich weder eine vorwiegend proceſſualiſche Bedeutung — auch die Geſchäftsformulare hießen actiones S. 313 oben — noch die des Handelns im Gegenſatz zum Sprechen. Varro de ling. lat. (Müller) VI §. 42 . . et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere causam et augures augurium agere dicuntur, quum in eo plura dicant, quam faciant, ſ. auch §. 77, 78 ibid.

871) d. h. die materiellen Klagrechte, nicht die Formeln (wie Keller Röm. Civilproc. §. 12 Gajus verſteht). Daß die alten Geſetze Klagformeln aufgeſtellt, iſt nicht einmal für einen einzigen Fall, geſchweige als allgemeine Einrichtung bezeugt, im Gegentheil heißt es: ex his legibus actiones compositae sunt L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2).

872) Eine dritte Deutung iſt die im Widerſpruch mit Gajus aufgeſtellte von Schmidt de orig. leg. act. Frib. 1857 p. 6. Sie iſt um nichts beſſer als die Idee, der zu Liebe ſie erfunden (ſ. u.). Lex ſoll „Spruch" bedeuten, legis actiones ſeien „actiones formulis dicendis peragendae" geweſen. Ganz abgeſehen davon, daß lex nie dieſe Bedeutung hat (der alte Ausdruck iſt carmen), ſo gibt dieſe Deutung gerade das Charakteriſtiſche und Treffende des Ausdrucks auf, um dafür einen Sinn einzutauſchen, in dem derſelbe eben ſo gut auf alle möglichen Formulare und Formeln paſſen würde. Warum kommt denn der Ausdruck legis actiones niemals in Anwendung auf letztere vor? Durch „Spruch" wurden auch ſie vollzogen, und „actiones" ſchlechthin werden auch ſie genannt (ſ. Note 870).

Gesetze selbst hätten sie zur Anwendung gebracht werden müssen, und daher habe ein Kläger, der wegen abgeschnittener Weinreben geklagt und sich dabei des Wortes vitibus statt des in dem XII Tafeln-Gesetz gebrauchten arboribus bedient habe, den Proceß verloren. Eben diese Strenge, bei der das geringste Versehen den Verlust des ganzen Processes nach sich gezogen, habe später diese Form des Verfahrens in Mißcredit gebracht und zur Einführung einer neuen, des Formularverfahrens geführt.

So weit Gajus. Das formgebende Moment der legis actio lag demnach in der Correspondenz der Formel mit den Worten des durch sie zur Anwendung gebrachten Gesetzes,[873] eine Abweichung davon mußte und konnte daher an einer andern Stelle von ihm mit Recht als eine Singularität bezeichnet werden.[873a] Es läge nun sehr nahe, die Richtigkeit seiner Angabe an einem Vergleich der uns erhaltenen Worte der Gesetze und Formeln zu erproben, allein leider hat es sich so gefügt, daß in den meisten Fällen, wo uns die Worte des Gesetzes, nicht die Formeln, und umgekehrt wo letztere, uns jene nicht erhalten sind. Nichts desto weniger hat mir die Vergleichung der XII Tafeln-Fragmente eine Ausbeute gewährt, die wenn auch in quantitativer Beziehung höchst dürftig, sich doch in doppelter Weise für die Theorie der Legisactionen mit Erfolg verwerthen läßt. In der einen Richtung kann es erst unten geschehen, in der andern ist hier der Ort dazu.

Es liegt der Gedanke nahe, daß die alten Juristen sich in derselben Weise, wie bei der Construction der Formeln der Legisactionen, so auch bei der der Rechtsgeschäfte der Worte, mit denen

873) Diese Uebereinstimmung erstreckte sich auch auf die Namen der Klage, z. B. act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim caesarum. Der Name der Klage begründet daher einen Schluß auf die im Gesetz gebrauchten Ausdrücke, so z. B. der der actio aquae pluviae arcendae.

873a) Gaj. IV, 24 .. nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

das Geſetz letztere erwähnte, hätte bedienen können. Dieſe Muthmaßung wird jedoch durch jene Vergleichung ausgeſchloſſen. Die Nachbildung des Geſetzes beſchränkte ſich ausſchließlich auf die Klagen, und dieſe Antwort iſt für die Erkenntniß des wahren Weſens der Legisactionen höchſt fruchtbar. Zu den Geſchäften, für die uns noch die betreffenden Worte der XII Tafeln erhalten ſind, gehören insbeſondere die Mancipation, der Verkauf des Hausſohnes, das Teſtament. Hätten die Juriſten es gewollt, wie leicht hätten ſie die entſcheidenden Worte (mancipium facere — filium venundare — legare super pecunia tutelave suae rei) in der Formel anbringen können. Daß es nicht geſchehen, kann nicht Zufall ſein, ſondern es kann nur darin ſeinen Grund gehabt haben, daß der Gedanke der Correſpondenz der Formel mit dem Geſetz in ihren Augen in einer innern und ausſchließlichen Beziehung zu den proceſſualiſchen Handlungen ſtand.

Worin beſtand dieſe Beziehung?

Wir haben die Antwort ſchon halb gegeben, wenn wir das eigenthümliche Weſen der Form der Legisactionen ſelbſt richtig definiren. Dies iſt mit einem Wort geſchehen: die Legisactionen beruhen auf dem Gedanken der Citirmethode. Jede Legis Actio citirte das Geſetz, welches ſie zur Anwendung zu bringen beabſichtigte, aber nicht in der dürren, abſtracten, modernen Form einer bloßen Verweiſung auf den Paragraphen oder Artikel des Geſetzbuchs oder auch der breiteren Form einer Anführung der betreffenden Worte, ſondern in einer mehr innerlichen, concreteren Weiſe.[874] Die Formel ſelbſt war das Citat, ſie verwies

874) Dieſelbe wiederholt ſich bis zu einem gewiſſen Grade auch im engliſchen Proceß, der demnach Legisactionen im römiſchen Sinn kennt (über den Geiſt, in dem ſie auch hier gehandhabt werden, ſ. Note 893). Ich entnehme aus Gundermann a. a. O. S. 31 folgende inſtructive Stelle von Bracton: Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus de cursu et communi consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterint absque consensu et voluntate eorum . . . Tot erunt formulae brevium quot

auf das Gesetz, ohne es zu nennen, sie verwies darauf durch sich selbst, durch ihre Fassung und Substanz, sie war, so zu sagen, die processualische Incarnation des Gesetzes, das Gesetz selbst, welches concrete Gestalt und Leben angenommen hatte und gegen den Uebertreter ins Feld rückte (gewissermaßen eine actio legis im subjectivgenitivischen Sinne).

Kehren wir jetzt zu der obigen Frage zurück: warum citirte man das Gesetz nur bei der Klage, nicht auch beim Rechtsgeschäft? so kann die Antwort darauf nicht schwer fallen. Allerdings bildet das Gesetz für beide die gleichmäßige Grundlage, allein die Veranlassung, diese Grundlage in Bezug zu nehmen, war bei beiden nicht dieselbe. Welchen Sinn hätte es bei der Bestimmung eines Contracts oder Testaments gehabt auf den Paragraphen des Gesetzes zu verweisen? Wenn dieselbe nicht Gegenstand eines Rechtsstreites ward, gar keinen, im entgegengesetzten Fall war es immer noch früh genug es jetzt zu thun. Im Proceß, wo es sich um die endgültige Feststellung des Rechtsverhältnisses, die schließliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz handelt, ist auch heutzutage sowohl

---

sunt genera actionum et non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere. Nach de Lolme Verfassung von England (Uebers. Altona 1819 S. 122) würde sogar früherhin in England ein ähnliches Depot für die Klagformeln bestanden haben, wie einst in Rom bei dem Pontificalcollegium: „Diese kostbaren Writs endlich, die Briefs [Auszüge, brevia], wie sie auch vorzugsweise genannt werden, die in Form und Richtung genau bestimmten Klagen, das Elixir und die Quintessenz des Rechts sind der besondern Sorge eigends dazu angestellter Beamten übergeben worden, deren Aemter von den besondern Gefäßen den Namen erhalten, die sie zur Aufbewahrung des ihnen anvertrauten Pfandes gebrauchen. Das eine heißt nämlich das Hanaper- (Janaperium Korb), das andere das Schmal (Petty)-Bag Amt (parva baga = kleiner Sack, Beutel). Hier werden die Writs aufbewahrt, welche des Königs, dort die, welche der Unterthanen Interessen betreffen." Heutzutage geändert: Gneist Das heut. engl. Verf.- und Verwaltungsrecht B. 1 S. 522, der auch im Uebrigen etwas abweicht. Auch im französischen Strafproceß muß die Frage mit den Worten des Gesetzes gefaßt werden. Glaser in der Note 999 citirten Schrift S. 36, 38.

in den Partheiſchriften als in den richterlichen Erlaſſen die Bezugnahme auf das Geſetz häufig gar nicht zu umgehen, kurz für den Proceß iſt ſie ebenſo ſachgemäß wie für das Rechtsgeſchäft zwecklos.

Manche Rechte haben nun dieſe Sitte geradezu zum Geſetz erhoben; ſo das altrömiſche Recht rückſichtlich der Klage, und manche neuere Strafproceßordnungen rückſichtlich der Anklageakte und des Urtheils. Das Citat iſt damit zu einem formellen Requiſit des betreffenden proceſſualiſchen Akts erklärt. Scheinbar eine äußerliche Beſtimmung von geringem Belang, iſt dieſelbe, wie ich unten nachzuweiſen hoffe, in Wirklichkeit eine Maßregel von äußerſter Tragweite.

Der Zweck derſelben iſt offenbar der, den Richter ſtreng an die Richtſchnur des Geſetzes zu binden. Dies liegt zwar ſchon an ſich in dem Begriff des Geſetzes, allein es läßt ſich nicht läugnen, daß jene Maßregel die Erreichung dieſes Zwecks im hohen Maße fördert, daß ſie den Richter, wie einerſeits zur Klarheit, ſo andererſeits bis zu einem gewiſſen Grade mechaniſch zur Unpartheilichkeit zwingt. Wie aber, wenn das Geſetz Lücken darbietet? Die Conſequenz der Einrichtung bringt es mit ſich, daß der Richter dann ſeine Hülfe verſagen muß, und wir werden unten ſehen, daß das ältere römiſche Recht (ähnlich wie das altengliſche, Note 874) den Muth gehabt hat, ſich dieſe Conſequenz gefallen zu laſſen.

Im altrömiſchen Proceß ſtützte ſich zwar die Einrichtung ſchwerlich auf eine geſetzliche Vorſchrift, ſondern ſie war eine Thatſache des Gewohnheitsrechts. Dies ſchließt jedoch die Annahme nicht aus, daß ſie auch hier beſtimmt war, den obigen Zweck zu erreichen. War es doch gerade die Tendenz des Legalismus, die nach Darſtellung der Römer die Zeit, in welche die Entſtehung der Legisactionen fällt, erfüllte und die XII Tafeln ins Leben gerufen hatte.[875]) Die Jurisprudenz, indem ſie mittelſt der

875) L. 2 §. 4 de O. J. (1. 2) verglichen mit §. 3 ibid.: incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam — postea ne diutius hoc fieret . . . et civitas fundaretur legibus.

legis actio die Berufung auf das Gesetz zum formellen Requisit der Klage erhob, gehorchte damit nur dem Drange der Zeit, vervollständigte und befestigte, was die XII Tafeln begonnen.[876])

Haben wir hierin das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus von selbst, daß dies Requisit sich auf alle und jede Klagen erstreckte, sich also nicht bloß auf die von Gajus genannten fünf Grundformen des alten Verfahrens (modi, quibus lege agebatur) beschränkte, m. a. W. daß die rechtliche Verfolgbarkeit eines Anspruches die Anerkennung desselben im Gesetz zu seiner Voraussetzung hatte. Wenn also Gajus von der legis actio sacramento bemerkt,[877]) sie sei eine generelle Klage gewesen, deren man sich überall habe bedienen können, wo nicht das Gegentheil bestimmt sei, so ist diese ihre allgemeine Anwendbarkeit nur auf die Form des Verfahrens zu beziehen. Eine bloße processualische Einkleidungsform, setzt sie wie die übrigen vier Formen in jedem einzelnen Fall einen vom Gesetz anerkannten materiellen Anspruch, also eine specielle Legisactio, wie ich sie nennen will, voraus. Als Beispiel diene der oben (S. 613) erwähnte Fall der actio de arboribus succisis. Das ganze System der Legisactionen löste sich demgemäß von jenen fünf Grundformen abgesehen in eine Anzahl einzelner Klagen auf, die, so zu sagen, dem Richter zum Vertrieb übergeben waren. Darüber hinaus hörte seine Macht auf, — er führte nicht den Artikel: Rechtsschutz im allgemeinen, sondern nur ein bestimmtes Sortiment einzelner Species. Wer eine andere Klage hätte anstellen oder begehren wollen, den würde er ebenso haben abweisen müssen, wie ein Kaufmann, bei dem ein Artikel begehrt wird, den er nicht führt. Nulla actio sine lege!

Eine nothwendige Folge davon ist, daß die Zahl der Legis Actionen keine unbeträchtliche gewesen sein kann, und dieser Schluß

876) L. 2 §. 6 ibid. quas actiones, ne populus prout vellet instituerent, certas solennesque esse voluerunt.

877) Gaj. IV, 13.

und damit die Richtigkeit des so eben Behaupteten wird durch alle Nachrichten in übereinstimmender Weise bestätigt. Wie wären Sammlungen, wie die oben S. 581 genannten möglich gewesen, wenn die Formeln sich auf die fünf Legis Actionen des Gajus beschränkt hätten? Wie vertrüge sich damit die Nachricht (S. 376), daß das Depot derselben beim Pontificalcollegium, und eben dadurch das Volk von letzterem in Abhängigkeit gewesen? oder, was Cicero berichtet:[878] daß diese Formeln interessante Einblicke in Leben und Weise der Vorzeit gewährten? oder die von Gajus dem alten Verfahren zur Last gelegte hohe Gefährlichkeit? Die wenigen Formeln der fünf Legis Actionen des Gajus schlossen in dem Maße weder die Möglichkeit des einen noch des anderen in sich.

Die Zahl der Legis Actionen war eine eben so große als die der Gesetze oder der einzelnen selbständigen Artikel des Gesetzes, welche einen Rechtsanspruch gewährten.[879] Jedem Satz der XII Tafeln, der sich dazu eignete, entsprach eine eigene legis actio, und zur vollständigen Bearbeitung des Gesetzes gehörte neben der Interpretation auch die Angabe der Klagformeln, wie denn z. B. die älteste juristische Schrift, von der wir Kunde haben, der Zwölftafeln-Kommentar des Aelius, in dieser Weise angelegt war.[880]

Es war im bisherigen ausschließlich von der Erhebung der Klage die Rede. Daß auch das fernere Verfahren, das sich an

878) Cic. de orat. I, 43.

879) L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) ex his legibus . . actiones compositae sunt.

880) Die Tripartita des Aelius (L. 2 §. 38 de O. J.); man hat aus ihr seltsamer Weise ein Werk in drei Büchern gemacht, in deren erstem der Verf. die ganzen XII Tafeln abgeschrieben hätte! Tripartitum heißt aber hier nicht dreitheilig, sondern dreischichtig, drei Bestandtheile umfassend wie in §. 4 I. de jure nat. (1. 1) d. h. jedem einzelnen Artikel des Gesetzes ward die interpretatio und legis actio angeschlossen. Die drei Bestandtheile sind in L. 2 §. 6 ibid. (tria haec jura) genannt. — Das Richtige hat Rudorff Röm. Rechtsgeschichte B. 1 S. 158.

die Klagerhebung anschloß, neben dem Raum, den es nothwendigerweise der freien Verhandlung gewähren mußte (S. 567), verschiedentlich zum Gebrauch von Formeln führte, z. B. bei der Bestellung des Richters, des Vindex, Vas, beim Richterspruch (Note 821) u. s. w. wird schwerlich bezweifelt werden. Dagegen öffnete sich für die legis actio noch ein anderes Gebiet *außerhalb des Processes*. Ich meine nicht sowohl die freiwillige Gerichtsbarkeit (in jure cessio), denn bei ihr handelte es sich nur um eine andere *Anwendung* processualischer Formeln, sondern die solennen, *außergerichtlichen* Handlungen, welche das gerichtliche Verfahren theils *ergänzten*, *vorbereiteten* und *begleiteten*, theils völlig *ersetzten*.

Ueber das wahre Verhältniß derselben hat das Mißverständniß der in der Note mitgetheilten Stelle von Gajus[881]) manche Rechtshistoriker getäuscht. Aus dieser Stelle geht zunächst soviel hervor, daß die Vornahme vor Gericht nicht zum *Begriff* der legis actio gehörte. Zwar gab es unter den römischen Juristen eine Minderzahl, welche (vielleicht verleitet durch die Bedeutung des Ausdrucks actio im spätern Proceß) dieses Moment für wesentlich und demgemäß die pignoris capio für *keine* legis actio erklärte, allein die entgegengesetzte Meinung war die herrschende. Im Geist dieser letzteren würde die Definition einer legis actio lauten: eine vom Gesetz anerkannte (1) und mit den Worten desselben vollzogene (2) Handlung zum Zweck der Rechtsverfolgung (3). Unter diesen Begriff aber fallen außer der pign. capio, wie unten gezeigt werden soll, noch manche andere Handlungen.

---

881) Gaj. IV, 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse, quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris captio extra jus peragebatur i. e. non apud Praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud Praetorem praesente adversario, praeterea nefasto quoque die i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

Wenn nun Gajus die pign. capio zu den „übrigen Legis Actionen" (d. h. den vier vorher von ihm behandelten) dadurch in Gegensatz stellt, daß man sich der letzteren nur vor Gericht bedienen könne, der ersteren außer Gericht, so hat man diese Aeußerung in der Weise mißverstanden, als ob bei jenen alle Handlungen im Legisactionenproceß vor Gericht gespielt hätten. Davon hätte schon der Hinblick auf zwei Akte abhalten sollen, die durch ihren bloßen Namen dem angeblichen Erforderniß der Vornahme in jure widersprechen, die in jus vocatio und das ex jure manum consertum vocare (S. 556).

In der That ist aber der Gegensatz, den Gajus hier aufstellt, ein ganz anderer. Er bezieht sich auf das Verfahren. Das Verfahren ist bei der pign. cap. ein außergerichtliches, das Gericht wird [insofern nicht der Gepfändete Widerspruch erhebt und dadurch hinterher die Einleitung des Processes nöthig wird,[881a]] völlig umgangen. Bei den andern dagegen läßt sich die Sache nur vor Gericht erledigen; das Verfahren selbst also ließ sich nur als ein gerichtliches bezeichnen. Darin liegt aber durchaus nicht, daß alle und jede Akte vor Gericht vorgenommen werden müßten. Auch der französische Proceß erfordert außergerichtliche Verhandlungen, aber wer würde darum Anstand nehmen, ihn ein gerichtliches Verfahren zu nennen? Nur dann würde die jenseitige Annahme gerechtfertigt sein, wenn Gajus unter den „ceterae actiones" nicht, wie der Zusammenhang es ergibt, die vier Arten des Verfahrens („modi"), sondern sämmtliche einzelne Handlungen, die bei Gelegenheit derselben vorkamen, verstanden hätte. Selbst in diesem Fall aber bliebe immerhin noch der Ausweg, daß zwar außergerichtliche Handlungen bei ihnen möglich gewesen, allein nur nicht legis actiones genannt worden seien.

881a) Zur Rechtfertigung dieser Beschränkung verweise ich auf meine in der zweiten Aufl. des ersten Bandes neu hinzugekommenen Ausführungen über die pign. capio, s. S. 158 fl. daselbst.

Setzen wir die Frage, ob sie so genannt worden seien, zunächst aus. Constatiren wir vorläufig, einmal: daß sie in der That vorkamen und zweitens: daß sie die oben angegebenen wesentlichen Kriterien des Begriffs der legis actio theilten, d. h. daß der Grundsatz der Correspondenz zwischen der Formel und dem Gesetz auch bei ihnen Anwendung fand.

Wir können im ganzen drei Classen der außergerichtlichen rechtsverfolgenden Handlungen unterscheiden; sie griffen Platz: anstatt des Processes (die pignoris capio) beim Beginn und im Lauf des Processes.

Zu den außergerichtlichen Akten bei Beginn des Processes zähle ich 1) die in jus vocatio, 2) die im Fall ihrer Erfolglosigkeit eintretende manus injectio, und 3) die condictio bei der legis actio per condictionem.

Daß der erstere Akt ein außergerichtlicher war, ist bekannt; daß er mit den Worten des Gesetzes erfolgte, ergibt sich aus der Vergleichung seiner Formel mit den Worten der XII Tafeln. Erstere lautete: in jus te voco,[882]) letztere si in jus vocat.[883]) Das Gesetz fährt fort: ni it, antestator, und der letztere Ausdruck wiederholt sich in der an den Zeugen gerichteten Frage: licet antestari?

Wenn der Gegner sich weigert zu folgen, so verhängt das Gesetz die manus injectio: Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito; die letzten Worte kehren in der For-

882) Für die in jus vocatio kommen bei den Dichtern noch verschiedene Formeln vor: z. B. ambula in jus, eamus in jus u. a. s. bei Briss. V, 1. Seltsamer Weise hält dieser Schriftsteller diese Formeln für die ächten, dagegen die obige bei Plautus Poen. V, 4, 62; 6, 6 für eine Erfindung des Plautus.

883) Die Zeugnisse für dieses und die folgenden Beispiele bei Dirksen Uebersicht u. s. w. der Zwölftafel-Fragmente. Tafel I. Wenn von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproceß I S. 105 den Beweis für die obige Behauptung vermißt, so fehlt es mir allerdings dafür an einem Beweise, daß die in jus vocatio „legis actio" genannt sei, daß dagegen auch sie in der bei Plautus Poen. V, 4, 62; 6, 6 überlieferten Form den Worten der XII Tafeln entsprach, lehrt der Augenschein.

mel dieſes Akts wieder: manum endo jacio (injicio).[884] Dieſer letztere Akt kam außerdem noch in verſchiedenen Anwendungen vor (B. 1 S. 142 fl.), insbeſondere zum Zweck der Execution,[885] und der Umſtand, daß das Geſetz ihn bei der letzteren Gelegenheit noch beſonders erwähnt und zwar als „manus injectio", der das Erſcheinen vor Gericht zu folgen habe, iſt für die Frage, die uns hier beſchäftigt, ungemein wichtig. Ein neuerer Schriftſteller[886] nämlich iſt in dem Beſtreben, die vermeintliche Autorität des Gajus in der oben angegebenen mißverſtändlichen Weiſe aufrecht zu erhalten, ſo weit gegangen, daß er ſich nicht geſcheut hat, darauf hin der manus injectio den Charakter einer außergerichtlichen Handlung abzuſprechen und namentlich mich wegen der B. 1 S. 153 aufgeſtellten entgegengeſetzten Behauptung hart anzulaſſen. Ihm zufolge[887] ſoll die manus injectio ſchlechterdings nur vor Gericht vorgenommen werden können. Allein wie, wenn der Schuldige nicht folgen will? Hier bleibt nichts anderes übrig als Gewalt zu gebrauchen, und das Geſetz ſetzt ihm kein Hinderniß in den Weg, im Gegentheil verſtattet es ausdrücklich das „manum injicere". Allein dieſer Akt, lautet der Einwand, iſt keine „wahre", keine „eigentliche" legis actio, denn dieſe muß einmal nach Gajus vor Gericht vollzogen werden. Aber in dem (Note 885 citirten) Satz der XII Tafeln wird doch die „manus injectio" vor dem „in jus ducito" erwähnt, ſie muß alſo im Sinn des Geſetzes eine „manus injectio" ſein, und ich meine, wenn über eine Frage aus den XII Tafeln

884) So bei Gaj. IV, 24. Manus ſtatt manum injicio in §. 21 daſelbſt iſt daher unrichtig. Es iſt immer nur die eine Hand, die rechte, welche die rechtlichen Handlungen vollzieht. Hefftter und jetzt auch Huſchke und Böcking haben daher jetzt mit Recht manum geſetzt.

885) Tafel III: post deinde manus injectio esto; in jus ducito, ni judicatum facit aut quips endo em jure vindicit, secum ducito.

886) Schmidt von Ilmenau in der Note 872 citirten Schrift.

887) Die folgenden Ausführungen von ihm, auf die ich von ihm (p. 2) einfach verwieſen werde, um mir dort Raths zu erholen, finden ſich in der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XIV S. 21 u. fl.

zwischen letzteren und Gajus wirklich ein Widerspruch obwaltete, so müßten sie doch wohl vorgehen. Für diese durch den Zauberspruch: „uneigentlich" beseitigte manus injectio der Decemvirn taucht dagegen die „eigentliche" unseres Autors an einer Stelle wieder auf, an der sie schwerlich Jemand suchen würde. „Sie liegt, sagt er, in dem folgenden (den Worten von in jus ducito . . . secum ducito), ohne daß sie mit diesem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird." Also: eine legis actio d. h. nach Gajus eine „actio ipsarum legum verbis accommodata" ohne verba legis, ja ohne die leiseste Andeutung derselben im Gesetz, und umgekehrt verba legis, ja die Bezeichnung des Akts als manus injectio, aber keine legis actio! Wir werden wohl thun, dem Verfasser seine „eigentliche" legis actio zum ausschließlichen Privatgebrauch zu überlassen und uns an die „uneigentliche" der Decemvirn und unserer sonstigen Referenten[888] zu halten, die freilich die Sache ebensowenig verstanden haben mögen wie ich.

Die bisherige Untersuchung hat uns den Weg gebahnt, um eine höchst glückliche Idee Kellers gegen die Anfechtung desselben Schriftstellers in Schutz zu nehmen.[889] Keller hat nämlich die Ansicht aufgestellt, daß bei der legis actio per condictionem die Ankündigung (condictio) des Klägers an den Beklagten sich nach dreißig Tagen vor Gericht zur Annahme eines Richters einzufinden, ein außergerichtlicher Akt gewesen sei. Im Sacramentsproceß kam es seit der lex Pinaria nicht schon im ersten Termin zur Bestellung des Judicium, derselbe schloß vielmehr mit der Aufforderung sich nach dreißig Tagen zu dem letzten Zweck wieder

888) wie z. B. Liv. III, 44, dessen Zeugniß der Verfasser ebenfalls mit der Formel „uneigentlich" schlägt. Die Stelle von Servius ad Virg. X, 419: manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus würde der Verf., wenn er sie gekannt hätte, also wohl in ähnlicher Weise beseitigt haben.

889) Keller Der römische Civilproc. §. 18. Schmidt p. 2 der citirten Schrift. Gegen die Kellersche Ansicht hat sich jetzt auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 152 und Demelius, Krit. Zeitsch. VIII S. 508 ff. ausgesprochen.

einzufinden. Die Einführung der genannten Legisactio überhob nun die Partheien dieſes erſten Erſcheinens vor Gericht, indem ſie eine außergerichtliche Denunciation an deſſen Stelle ſetzte,[890] und man braucht ſich bloß den Fall zu denken, daß die Partheien einige Tagereiſen weit von Rom entfernt wohnten, um ſich von dem praktiſchen Werth dieſer Neuerung zu überzeugen. Nach Schmidt hätten dieſelben eine Reiſe nach Rom unternehmen müſſen bloß zu dem Zweck, damit der Kläger jene Denunciation als „eigentliche“ legis actio d. h. vor Gericht beſchaffe, um nach Ausſprechen der wenigen Worte den Rückmarſch anzutreten und ſodann nach Ablauf der dreißig Tage ſich zur wirklichen Verhandlung der Sache von neuem einzufinden! Nach Keller konnten ſie ruhig zu Hauſe bleiben und ſich mit einer außergerichtlichen condictio begnügen.

Durfte Gajus das Verfahren, das in dieſer Weiſe eingeleitet ward, als ein gerichtliches bezeichnen? Ich meine, mit demſelben Recht wie die legis actio sacramento und per manus injectionem. Auch ſie begannen mit einem außergerichtlichen Akt, jene mit der in jus vocatio, dieſe mit der außergerichtlichen manus injectio.

Daß ſelbſt der Lauf des Proceſſes außergerichtliche Handlungen nicht ausſchloß, dafür liefert das manum conserere in ſeiner ſpätern Geſtalt (S. 556) den Beweis. Auch hier wiederholt ſich die Correſpondenz zwiſchen den Worten des Geſetzes und denen der Formel. Jene lauteten: si qui in jure manum conserunt, dieſe mit Beibehaltung derſelben Reihenfolge der Worte: in jure manum[891] consertum te voco. Als der

890) Alſo eine ähnliche Erleichterung wie ſie ſpäter bei dem Holen der Vindicien eintrat. Der Einwand von Schmidt, daß Gaj. IV, 18 bei „ut adesset“ nicht „in jure“ hinzufüge, erledigt ſich durch die Bemerkung, erſtens daß Gajus hier nicht die Formel der condictio mittheilt, und zweitens, daß ein vernünftiger Menſch ſich „ad judicem capiendum“ ſchwerlich irgendwo anders einfinden konnte als vor dem Prätor.

891) Manu consertum bei Cic. pro Mur. c. 12 iſt als Verſtoß gegen das Princip der legis actio falſch.

Akt ein außergerichtlicher ward, veränderte man das in jure in ex jure (Note 783).

Ob nun diese außergerichtlichen Handlungen legis actiones genannt sind, daran, gestehe ich gern, liegt mir nichts. Der Sache nach waren sie es d. h. auch sie waren rechtsverfolgende Handlungen und gehorchten dem Gesetz der Correspondenz, und für zwei: die pign. capio und manus injectio steht auch der Name außer Zweifel. Da letzterer sich, wie oben nachgewiesen, nicht auf die fünf Grundformen beschränkte, sondern auch für die einzelnen speciellen Klagen gebraucht ward, so glaube ich allerdings, daß er eben so gut auf die einzelnen solennen Akte des alten Verfahrens angewandt worden ist, mochten sie vor oder außer Gericht vorgenommen werden.[892]

Die bisherige Darstellung hat uns das Legisactionensystem als ein durch die strenge Durchführung des Grundsatzes: ohne Gesetz keine Klage ungemein beschränktes System der Rechtshülfe kennen lernen, und es kann uns nicht Wunder nehmen, daß der Geist der spätern Zeit, die Entwicklung des Verkehrs und die Verfeinerung des Rechtsgefühls sich gegen die Beibehaltung einer Einrichtung sträubte, welche das wirkliche Recht in manchen Fällen völlig schutzlos ließ und den Magistrat zur Rolle eines willen- und machtlosen Stückes der Proceßmaschinerie verdammte. Nicht aber dieser, gerade dem Legisactionenproceß von allen Theilen des Formalismus allein eigenthümliche Mangel seiner starren Anklammerung an das Gesetz, seiner Unzugänglichkeit gegen alle andern Einflüsse soll es gewesen sein, was nach Gajus seinen Un-

892) Varro de L. L. VI, 30 necesse enim aliquo eorum uti verbo (do, dico, addico), cum lege quid peragitur dürfte schwerlich ins Gewicht fallen; s. dagegen Gaj. IV, 29; eher für die obige Ansicht, daß Valerius Probus de notis §. 4 unter der Ueberschrift: „in legis actionibus haec" Sigeln für einzelne processualische Handlungen z. B. das ex jure manum consertum vocare anführt.

tergang bewirkt hat, ſondern eine Eigenſchaft, die er mit allen übrigen Manifeſtationen des Formalismus theilte, und die ſich nicht bloß bei letzteren noch Jahrhunderte lang erhielt, ſondern auch in der ihn ablöſenden Form des Proceſſes mit unverminderter Kraft wieder zur Geltung gelangte, nämlich die ſtrenge Handhabung der Form.[892a]) Die Glaubwürdigkeit dieſes Berichts iſt meines Wiſſens bisher nicht angefochten, ich meinerſeits aber kann meine Bedenken dagegen nicht unterdrücken; es will mir ſcheinen, als ob das Urtheil des Gajus weniger vom Standpunkt der alten als der ſpätern Zeit aus gefällt worden ſei.

Es iſt in dem Begriff der Form mit Nothwendigkeit gelegen, daß die geringſte Abweichung von der Form einen Formfehler und damit Nichtigkeit begründet (S. 458). Das gilt heutzutage nicht minder als im alten Rom, und was dort z. B. die Vertauſchung des Wortes: arboribus mit vitibus, würde heutzutage bei Ausſtellung eines Wechſels die des Wortes: „Wechſel" oder bei Ableiſtung eines Eides die der Worte: „ich gelobe und ſchwöre", mit andern Ausdrücken bewirken. Was Gajus der legis actio zur Laſt legt: „ut qui vel minimum errasset litem perderet" paßt mutatis mutandis auf jedes formelle Geſchäft — der Formalismus kennt keinen Unterſchied zwiſchen ſehr geringen, geringen und groben Verſehen. Gehen wir aber davon aus, daß die legis actio ihrer Beſtimmung nach in einem eigenthümlichen rechtlich nothwendigen Citiren der Geſetzesworte beſtand, ſo werden wir auch das Verlangen der diplomatiſchen Genauigkeit des Citats (d. h. alſo die wörtliche Wiedergabe der Formel) durchaus nicht für eine übertriebene Strenge halten können. Wir machen heutzutage an Jemanden, der uns einen Satz aus einem Geſetz citirt, ganz dieſelbe Anforderung![893])

892a) Gaj. IV, 30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset, litem perderet.

893) Für diejenigen, die geneigt ſein möchten, dieſe Strenge für etwas

Und daß das Versehen den Verlust des Processes zur Folge hatte, wird uns ebenfalls nicht frappiren können. Bei einem Rechtsgeschäft öffnet sich im Fall eines Versehens der Ausweg einer abermaligen fehlerfreien Vornahme desselben, und bei den bloß vorbereitenden außergerichtlichen Legisactionen z. B. der in jus vocatio mag derselbe vielleicht auch in Rom offen gestanden haben. Daß er bei dem Akt, welcher dem ganzen Verfahren seine Grundlage gab: der materiellen legis actio des Klägers ausgeschlossen war, wird uns nicht Wunder nehmen dürfen, die Natur des Processes bringt dies mit sich. Eine Parthei, die im heutigen Proceß ein in verkehrter Weise abgefaßtes Beweisinterlokut hat

---

specifisch römisches zu halten, will ich ein Beispiel aus dem englischen Recht anführen, das dem von Gajus IV, 11 ebenbürtig zur Seite steht, wenn nicht gar dasselbe noch übertrifft. Eine Parlamentsakte verbietet das Schenken geistiger Getränke am „Lordsday" (Sonntag). Ein Contravenient ward noch vor einigen Jahren bloß aus dem Grunde frei gesprochen, weil das Denunciations- oder Anklagelibell ihn beschuldigt hatte, am „Sunday" (ebenfalls Sonntag) geschenkt zu haben — die Klage stimmte nicht mit der lex! Nach einer alten Parlamentsakte sollen sogar orthographische Fehler Nichtigkeit des Urtheils zur Folge gehabt haben. Noch ungleich drastischere Probestücke dieser „nimia subtilitas" liefert der altgermanische und altfranzösische Proceß, wofür ich auf die oben Note 464 citirten Schriften von Siegel und Brunner Bezug nehme, s. z. B. in der ersteren Schrift S. 12: „Ein Stottern und Stammeln, wobei Sylben verschluckt wurden und dann wieder in polternder Rede Worte sich überstürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derselben, ja sogar eine Unterbrechung durch Räuspern und Husten, kurz was nur Einer dem Andern ablauschte, machte die Erklärung nichtig." S. 27 (eine unwillkührliche Bewegung, ein unbedachter Tritt oder bloßer Schritt benahm die Möglichkeit, das Urtheil zu schelten). S. 30 (wer beim Eide die Hand höher als üblich hielt oder den Daumen nicht fest in die Hand schloß, hatte verloren). S. 44 (verkehrtes Aussprechen des Diphthonges eu als ay), s. insbesondere das Urtheil des Vers. über diese Förmlichkeiten: „Es war, als ob sie eigens ausgedacht worden wären, um den Mann, der vor Gericht handelte, sicher zu Fall zu bringen, so spitzfindig und ränkevoll war ihre Anlage, so schwierig ihre Ausführung." Die zweitgenannte Schrift steht an lehrreichen Beispielen hinter der erstgenannten nicht zurück, und nur der Raum hält mich ab, auch aus ihr Proben beizufügen.

rechtskräftig werden laſſen, kann eben ſo gut wie im alten Rom wegen eines einzigen Wörtchens den Proceß verlieren — die gefährliche Kraft des Wortes iſt geblieben, ſie hat ſich nur auf einen andern proceſſualiſchen Akt geworfen (ſ. u.).

Die „nimia subtilitas" der alten Juriſten, die nach Gajus das alte Verfahren verhaßt gemacht und geſtürzt haben ſoll, kann dies alſo in der That nicht bewirkt haben. Um zu geſchweigen, daß dieſelbe ſich im materiellen Recht nach wie vor in ungeſchwächter Kraft behauptete und zwar in einzelnen Theilen z. B. im Teſtament in einer Zuſpitzung, die hinter dem alten Proceß um nichts zurückblieb, ſo tauchte dieſelbe ja auch im Proceß ſofort in anderer Form wieder auf. Das formaliſtiſche Element des Formularproceſſes ſteht hinter dem des ältern Verfahrens in keiner Weiſe zurück, weder in extenſiver, noch intenſiver Hinſicht. Hier wie dort Formeln für jede Klage, hier wie dort als unausbleibliche Folge des kleinſten Formfehlers der Verluſt des ganzen Proceſſes. Und ſodann: wenn einmal ein ſolcher Umſchwung in der Volksanſicht eingetreten, wie Gajus ihn ſupponirt, warum ließ man das bisherige Verfahren beim Centumviralgerichtshof in alter Weiſe beſtehen?

Was ich zugebe, iſt: das alte Verfahren war gefährlicher als das neue, und der Uebergang von dem einen zum andern bezweckte und bezeichnete eine Verminderung der Gefährlichkeit. Aber die Erleichterung lag nicht darin, worein man ſie nach dem Bericht des Gajus zu ſetzen geneigt ſein könnte: in einer Abſchwächung der Strenge des Formalismus, ſondern in einer andern Geſtaltung deſſelben. An die Stelle des Sprechens trat das Schreiben, an die der Parthei der Prätor — zwei Veränderungen, auf deren vortheilhaften Einfluß bereits S. 467 hingewieſen iſt. Dazu geſellte ſich als drittes Moment noch folgendes hinzu. Der gefährlichſte Akt des ganzen Proceſſes: die unabänderliche Formulirung des Anſpruches ward von dem Anfang des Proceſſes auf einen ſpäteren Zeitpunkt verlegt. Während der alte Proceß mit der Formel begann, ward ſie im Formular-

proceß erst concipirt, nachdem durch erschöpfende Verhandlung der Streitpunkt ins rechte Licht getreten, und dadurch die Gefahr eines Mißgriffs in der Formel ferner gerückt war. Diese Veränderung setzt das Maß des Gefährlichen ungefähr auf denselben Punkt herab, den es in dem Beweisinterlokut unseres heutigen Processes einnimmt.

Ward nun der Untergang des alten Processes lediglich durch die angegebene Rücksicht herbeigeführt? Der alte Proceß litt außer an dem so eben auf sein richtiges Maß zurückgeführten Vorwurf der Gefährlichkeit noch an einem andern Gebrechen, das wenn auch von den Römern selbst mit keiner Silbe erwähnt doch von der Geschichte in unzweifelhafter Weise documentirt ist. [895a])

Es steht unter allen Kundigen fest, daß mit dem Formularproceß eine neue Aera für das römische Recht beginnt — ich meine nicht etwa bloß den Proceß, sondern auch das materielle Recht. Erst von diesem Zeitpunkt an fängt jene Rechtsquelle an zu fließen, die für das ganze Recht eine Quelle neuen Lebens werden sollte — das prätorische Edict. [896]) Es ist nicht Zufall, daß dies erst jetzt geschah; das Legisactionen-System und das Edict waren unverträglich mit einander. Im alten Proceß waren dem Prätor die Hände gebunden, er war nichts als ein Stück der Maschine [897]) — er in *ihrer* Gewalt, sie nicht in der *seinigen*; erst das

---

895a) Hartmann, Ordo Judiciorum B. I S. 20—22 hebt außer dem folgenden Gesichtspunkt noch einen wichtigen Vortheil hervor, der sich an die Einführung des Formularprocesses knüpfte. Letzterer, bei dem die maßgebende Thätigkeit des Prätors nicht sowohl im Sprechen (der solennen Worte: do dico addico), als im Schreiben (der Formelworte) bestand, war eben darum nicht an die für das „fari" bestimmte religiöse Ordnung der dies fasti und nefasti geknüpft, „die Rechtspflege befreite sich damit von dem Hemmschuh, der ihr durch das letztere System angelegt war."

896) Gaj. IV, 11: quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur.

897) Cic. pro Mur. c. 12: Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid *ipse sua sponte loqueretur*, ei quoque carmen compositum est.

Formularverfahren gewährte ihm jene Freiheit der Bewegung, die eine wesentliche Bedingung seiner rechtsbildnerischen Thätigkeit war. Nicht viel anders verhält es sich mit der Jurisprudenz und dem Gewohnheitsrecht; auch sie waren durch den alten Proceß in enge Gränzen gewiesen. Diesen beengenden und lähmenden Einfluß des alten Systems nachzuweisen, ist Gegenstand der folgenden Darstellung.

Worauf beruht er? Nicht bloß auf dem rein processualischen Element des alten Verfahrens. Wäre das Princip der Legisactio ein rein processualisches gewesen, hätte die Gebundenheit und Unfreiheit sich lediglich auf den Gang und die Formen des Verfahrens beschränkt, das materielle Recht würde dadurch in seiner Entwickelung nicht in solchem Maße beeinträchtigt worden sein. Die durch den Formularproceß gewährte Elasticität des Verfahrens kann mithin nicht die alleinige Ursache des Umschwunges gewesen sein, obschon es im übrigen eine durch die Geschichte vielfach bestätigte Thatsache ist, daß jede wesentliche Umgestaltung des Processes auch auf das materielle Recht zurückwirkt. Jener beengende Einfluß lag in etwas anderm, nämlich darin, daß das Princip der Legisactio zugleich ein *materielles* war m. a. W. daß, wie oben nachgewiesen, jeder materielle Anspruch, um gerichtlich verfolgbar zu sein, im Gesetz anerkannt sein mußte, eine Klage nur auf Grund eines *Gesetzes* möglich war. Damit war *die Gesetzgebung principiell für die ausschließliche Quelle aller Klagen* erklärt.

Untersuchen wir, was dies heißen will. Ich habe nicht gesagt: für die ausschließliche Quelle des gesammten *materiellen Rechts*, sondern der *Klagen*. Alle Rechtssätze des Privatrechts gravitiren um die *Klage*, allein die Entfernung, in der sie es thun, ist bald eine nähere, bald eine weitere. Gewisse nämlich beziehen sich *unmittelbar* auf das Klagrecht, sie gewähren, normiren, beschränken, versagen dasselbe. Andere influiren nur *mittelbar* auf dasselbe, sie betreffen zunächst Fragen, welche mit der Klage direct nichts gemein haben. Daß der Betrüger dem

Betrogenen Schadensersatz leisten soll, ist ein Satz der ersten Art; daß ein wesentlicher Irrthum Nichtigkeit erzeuge, ein Satz der zweiten. Jener findet seinen völlig erschöpfenden Ausdruck in dem Wort und Begriff der actio de dolo, für diesen gebricht es an einer solchen der Klage entnommenen Bezeichnung, und gerade das Dasein oder Fehlen dieser der actio entlehnten Bezeichnungsweise ist das Kriterium, ob der Rechtssatz der einen oder andern Classe angehört.

Der Unterschied wird klarer werden durch seine Anwendung, nämlich durch den Nachweis, daß er es ist, der für das ältere Recht im wesentlichen die Gränzscheide bestimmt zwischen der rechtsbildenden Gewalt der Gesetzgebung auf der einen, und der der Jurisprudenz und des Lebens auf der andern Seite. Das Gebiet des eigentlichen Actionenrechts — die Rechtssätze der ersten Classe — gehört principiell der Gesetzgebung an, den beiden anderen Gewalten ist hier nur ein höchst beschränkter Einfluß beschieden; das andere Gebiet hingegen fällt, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise den beiden letztern anheim.

Ob die Römer selbst sich dieser Gränzscheidung bewußt gewesen, wäre am Ende gleichgültig, wenn sie sich nur sachlich constatiren ließe. Allein ich finde dieselbe auch in unsern Quellen ausreichend angedeutet. Pomponius[898]) zerlegt das alte Recht in drei Bestandtheile (tria jura): die Gesetze, die Legisactionen und das jus civile im engern Sinne des Worts, worunter das von den alten Juristen (veteres, qui tunc jura condiderunt) im Anschluß an die Gesetzgebung gebildete Recht zu verstehen ist (S. 452). Letzteres erscheint hier also als etwas außer und neben den Legisactionen befindliches, ungeachtet doch auch letztere der Jurisprudenz ihren Ursprung verdankten und ebenfalls als „jus" (Flavianum, Aelianum) bezeichnet wurden. In Anwendung auf sie kann also die rechtsbildende Thätigkeit der Juristen nicht denjel-

898) L. 2 §. 5, 6 de O. J. (1. 2).

ben Charakter an sich getragen, nicht denselben Spielraum gefunden haben, wie innerhalb des jus civile. Diesen Schluß soll uns die folgende Ausführung bewahrheiten.

Ich wende mich zuerst dem jus civile zu und zwar nicht, um die Thatsache der in demselben enthaltenen selbständigen Rechtsbildung zu constatiren — dies ist bereits früher (S. 441) geschehen — sondern um an einigen Beispielen zu zeigen, in welcher Weise und Ausdehnung letztere innerhalb der oben angegebenen Gränzen möglich war, ohne gegen das Princip der legis actio zu verstoßen.

Zu den selbständigen Schöpfungen der alten Jurisprudenz gehörte die Usucapion der Erbschaft als solcher. Indem sie dieselbe einführte, gewährte sie damit mittelbar allerdings eine Klage (die hereditatis petitio), allein unmittelbar ward letztere durch diese Neuerung durchaus nicht berührt, sie blieb, was sie war: ein Schutzmittel des Erben. Nicht sie selbst ward ausgedehnt (vom Erben auf den Nichterben) sondern der Begriff des Erben (auf den Usucapienten).

Ebenso verhält es sich, nur nach entgegengesetzter Seite hin, mit der bereits gelegentlich (S. 449) berührten von der alten Jurisprudenz vorgenommenen Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber. Dieselbe fand ihren praktischen Ausdruck in der Versagung der Erbschaftsklage, allein ohne daß letztere auch hier durch die Veränderung unmittelbar betroffen worden wäre. Sie ward nicht gewissen Erben entzogen, sondern gewisse Personen hörten auf Erben zu sein.

Ein drittes Beispiel, das uns die hered. petitio gewährt, besteht in der gewohnheitsrechtlichen Einführung der querela inofficiosi testamenti.[898a] Letztere war keine neue Klage, sie kleidete sich in die Form der erst genannten, und doch enthielt sie eine der tiefeingreifendsten Neuerungen auf dem Gebiet des Erbrechts.

898a) Darauf bin ich erst durch Gustav Hartmann, Ueber die querela inoff. testamenti. Basel 1864 S. 7 aufmerksam geworden.

In derselben Weise, wie die Jurisprudenz in diesen und andern Fällen (z. B. der Einführung des Mancipationstestaments) mit dem Erbrecht die eingreifendsten Veränderungen vornahm, ich möchte sagen: in der Tiefe, im Innern des Instituts — ohne daß dieselben an der Oberfläche der Klage hervortraten, in derselben Weise konnte sie es bei allen andern Instituten. Die rei-vindicatio blieb, was sie war, auch wenn die Jurisprudenz die Lehre von den Eigenthumserwerbungsarten, z. B. die Theorie der Usucapion noch so sehr umgestaltete. Die actio confessoria verspürte nichts davon, ob man bei den Servituten die Usucapion ausschloß oder zuließ u. s. w. Nur wenn man sie hätte ausdehnen wollen auf Servituten, die das Gesetz nicht kannte (z. B. die Urbanalservituten der spätern Zeit), würde sich ihre Legisactionen-Natur dagegen gesträubt haben; sie konnte nur lauten auf iter, via, actus, aquae ductus.

Ueberblickt man die ganze Summe der Institute und Rechtssätze, die dem jus civile angehören, man wird eine Reihe der eingreifendsten Maßregeln unter ihnen wahrnehmen,[899] aber alle zusammen fügen sich der obigen Formel: unter ihnen befindet sich nicht eine einzige Klage.

Die Klage gehört dem Gesetz. Für fast alle Klagen, die dem ältern Recht entstammen, läßt sich diese Quelle nachweisen. So sparsam die Gesetze aus alter Zeit sind, welche Punkte der eben bezeichneten Art, so zahlreich sind diejenigen, welche das Klagrecht und die Form des Verfahrens zum Gegenstand haben. In den wenigen Paragraphen des Gajus über die Legisactionen sind von der zweiten Classe mehr genannt als von der ersten in seinen sämmtlichen vier Büchern zusammengenommen,[900] und

899) Außer den oben genannten hebe ich namentlich hervor die Umgestaltung des Familienrechts (Emancipation, Adoption, coemptio fiduciae causa, in jure cessio tutelae), die Einführung der manumissio vindicta, die in jure cessio der hereditas legitima u. s. w.

900) S. das Verzeichniß der leges in der Lachmann'schen Ausgabe, p. 428. Natürlich sind nur die Gesetze aus der Zeit der Legisactionen gemeint.

es möchte in der ganzen römiſchen juriſtiſchen Literatur kein zweites Stück gefunden werden, das auf ſo kleinem Raum ſo oft des Geſetzes gedenkt.[901] Nur ein einziges Mal wird das Gewohnheitsrecht erwähnt, nämlich bei Gelegenheit der gewiſſer Anſprüche wegen den Soldaten gewohnheitsrechtlich zuſtehenden pignoris capio.[902] Die darin gelegene Abweichung von unſerm obigen Grundſatz möchte ſich verringern, wenn man bedenkt, daß es ſich hier nicht um eine eigentliche *Klage* handelt, ſondern nur um die Ausdehnung einer *außergerichtlichen* legis actio und zwar nicht um die Einführung einer neuen, ſondern die bloße *Ausdehnung* einer bereits vorhandenen.[903] Von einer durch das Gewohnheitsrecht oder die Jurisprudenz erfolgten Ausdehnung einer *Klage* (actio utilis) oder der *Einführung* einer neuen außergerichtlichen legis actio iſt kein Beiſpiel bekannt.

Ging nun zwar alle *ſelbſtändige* Bewegung und Bildung auf dieſer Seite des Rechts ausſchließlich von der Geſetzgebung aus, ſo war damit doch der Jurisprudenz nicht aller und jeder Raum zur Einwirkung verſchloſſen. Aber der Spielraum war ein enger; er fiel zuſammen mit dem der alten Interpretation (S. 440 fl.). Das *Wort* alſo mußte man ſtehen laſſen,[904] — darauf war ja die ganze Idee der Legisactionen baſirt

---

901) Des Geſetzes ohne Nennung des Namens: Gaj. IV, 11, 13, 21, 22, 23, 24, 26, 28; mit Nennung: die XII Tafeln IV, 11, 14, 21, 28, lex Pinaria 15, Silia, Calpurnia 19, Publilia, Furia de sponsu 22, Furia testamentaria, Marcia 23, 24, Aebutia und zwei leges Juliae 30, zwei leges, deren Name in der Handſchrift nicht erkennbar (praediatoria?) 25, 28. Wie manche mögen noch in den unlesbaren Theilen der Handſchrift vorgekommen ſein. Jedenfalls iſt nicht zu bezweifeln, daß bei Gajus noch manche fehlen, z. B. die lex Hostilia, pr. I. de iis, per quos (4. 10) u. a.

902) Gaj. IV, 26, 27.

903) Die pign. capio war bereits in den XII Tafeln anerkannt, jene Ausdehnung fällt aber mindeſtens 50 Jahr ſpäter, da ſie die Einführung des Soldes (S. 262 Note 395) zu ihrer Vorausſetzung hatte.

904) Damit waren die Fictionen ausgeſchloſſen, deren Gajus darum auch erſt bei Gelegenheit des Formularproceſſes (IV, 32 und fl.) gedenkt.

— allein in und mit dem Wort konnte man in der früher charakterisirten Weise mit großem Erfolg operiren. Auf diesem Wege gelang es denn, ohne Veränderung der Worte manchen Klagen einen weitern, vielleicht auch engern Umfang zu geben, als sie dem Gesetz nach in Anspruch nehmen konnten, so z. B. der actio de tigno juncto, bei der man das Wort tignum, der actio arborum furtim caesarum, bei der man das Wort arbores, der actio de glande legenda, bei der man das Wort glans im weitesten Sinn nahm. [905])

Sehr weit aber reichte dieses Mittel allerdings nicht. Mochte man den Sinn des Worts drehen und wenden wie man wollte, dies hatte doch seine Gränze. Aus dem Worte: in jure beispielsweise konnte man nicht die pure Negation desselben machen, wie dies doch hätte geschehen müssen, wenn man die früher besprochene Veränderung in der Vornahme des manum conserere (S. 556) rein auf dem Wege der Interpretation hätte bewerkstelligen wollen. Hier entschloß man sich denn mit dem Princip der legis actio geradezu zu brechen und ein Wort in die Formel zu setzen, das mit der Fassung des Gesetzes in offenem Widerspruch stand. Gajus hat noch einen Fall überliefert; [906]) die Art und Weise, wie er sich über ihn äußert, verräth, daß er darin eine große Singularität erblickte.

So setzte also das Legisactionensystem neben dem Spielraum, den es einerseits der freien Rechtsentwicklung gewährte, andererseits doch der Jurisprudenz und dem Prätor eine unübersteigliche Gränze entgegen. Niemand vermochte eine gesetzlich zuständige Klage in ihrem Lauf zu hindern, auch wenn das Resultat im einzelnen Fall mit der wirklichen Intention des Gesetzes

905) S. über diese Beispiele L. 1 de tign. junct. (47. 3) L. 3 arb. furt. (47. 7) und oben S. 444. Ein anderes Beispiel (das Wort nocet in der act. aquae pluviae arcendae) S. 445.

906) Gaj. IV, 24 nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

und dem natürlichen Rechtsgefühl in noch so grellem Widerspruch stand, Niemand vermochte umgekehrt in einem Fall, in dem das dringendste Bedürfniß und der gerechteste Anspruch auf Hülfe vorhanden war, eine Klage zu gewähren, wenn das Gesetz sie nicht vorgesehen hatte.

Daß das Drückende dieses Zustandes im Lauf der Zeit vom römischen Leben mehr und mehr empfunden werden mußte und wesentlich dazu beigetragen hat, das Ende des Legisactionenprocesses herbeizuführen, dürfte schwerlich einen Widerspruch hervorrufen. Auch England kannte einst ähnliche Zustände — denselben Rigorismus des Gesetzes, denselben eisernen Legalismus — aber auch hier machte das Leben seine Rechte geltend. Dieselbe Erleichterung, die Rom im Formularproceß, suchte England in den Billigkeitsgerichtshöfen (courts of equity),[907] nur haben letztere sich allerdings nie zu der Höhe des rechtsbildnerischen Einflusses erhoben, der dem römischen Prätor beschieden war.

Eine Nachwirkung hat aber den alten Legisactionenproceß noch lange überlebt. Es ist dies jene für den specifischen Charakter der römischen im Gegensatz zu unserer heutigen Jurisprudenz so bestimmende Behandlung und Auffassung der Klage. Es ist schwer diesen Gegensatz, wie es hier doch geschehen muß, im Vorübergehen mit wenig Worten zu entwickeln; mögen folgende Andeutungen genügen.[907a])

Wenn man die wissenschaftliche Form der Behandlung des römischen Rechts Seitens der römischen und der heutigen Jurisprudenz mit einander vergleicht, so findet man als dominirenden Gesichtspunkt und zwar sowohl für die Behandlung der einzelnen Institute als für die Anordnung des ganzen Systems dort die

---

907) S. die Note 874 citirten Werke von de Lolme, Kap. 11 und Gneist §. 125, außerdem Rüttimann der engl. Civilproceß. Leipzig 1851 §. 8—10, 83.

907a) Dazu Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des römischen Rechts. S. 229 fl.

Klage, hier das Recht. Der römische Jurist beginnt regelmäßig mit der Klage und steigt von ihr rückwärts zu dem Recht hinauf, welches ihre Voraussetzung bildet, der heutige schlägt den gerade entgegengesetzten Weg ein. Dem entsprechend ordnet letzterer das gesammte System nach Gesichtspunkten, die vom Recht hergenommen sind; während die Römer sowohl in ihren legislativen (prätorisches Edict) als doctrinellen Darstellungen vielfach den ganzen Stoff an der Hand der Klagen behandeln. Der römische Ausgangspunkt ist der des unmittelbar praktischen, der heutige der des theoretischen, wissenschaftlichen Interesses.

Wäre dies nun bloß eine Differenz der Ausgangspunkte, bei der man, nur in entgegengesetzter Richtung, ganz denselben Weg zurücklegt, so würde das Interesse derselben lediglich das einer systematischen Frage sein. Allein in der That bedeutet sie ungleich mehr, nämlich eine höchst folgenreiche praktische Differenz — eine Verschiedenheit für die Entwickelung des gesammten Rechts sowohl rücksichtlich der Art und Form, in der, als der Seite, auf der, und der Leichtigkeit, mit der diese Entwicklung vor sich geht. Die Klagen bilden in Rom das Reservatrecht der Staatsgewalt: des Volks, Senats, Prätors.. Auch noch in späterer Zeit gehört die Klage, wenn auch nicht wie einst der lex (im römischen Sinn) so doch dem Staat. Das Recht über seine Kinder und sein Haus leitet der Römer nicht vom Staat ab, das hat er von sich selbst (S. 55), aber die Klage, den Anspruch auf Schutz von Seiten des Staats betrachtet er als eine Gabe des letzteren. Die Jurisprudenz kann ihm dieselbe nicht gewähren. Wenn nicht das Volk selbst die Sache in die Hand nimmt, kann und mag die Jurisprudenz als Vertreterin desselben den Prätor zwar zur Einführung der Klage drängen, aber ihn nicht ersetzen. Der römischen Jurisprudenz war der Prätor unentbehrlich, unsere heutige ersetzt ihn bis zu einem gewissen Grade durch sich selbst. Denn das, wozu jene ihn nöthig hatte, erreicht sie schon durch sich selbst, und der Grund, daß sie

es kann, liegt eben in ihrer Auffaſſung der Klage. Hat ſie nur erſt das Recht gewonnen, iſt ſie alſo im Stande, auf dem Wege der Deduction die innere Nothwendigkeit des letzteren zu erweiſen, ſo verſteht ſich für ſie die Klage von ſelbſt — die Klage iſt ihr eine bloße Conſequenz des Rechts, kein eignes Geſchöpf — wo das Recht materiell einen Anſpruch gewährt, verſteht ſich für uns das Formelle ſeiner Durchführung: Klage und Richter von ſelbſt. Der Rechtsſchutz des Staats erſcheint unſerer heutigen Auffaſſung ſo zu ſagen als die ſelbſtverſtändliche, über allen Rechten ausgebreitete Atmoſphäre, die Lebensluft des Rechts, eine res communis, die allem, was auf dem Boden des Rechts lebt und webt, von ſelbſt zu Gute kommt. Die Klage iſt uns daher nichts als der Rechtsſchutz in beſonderer Richtung auf den einzelnen Fall — ein Abſtractum, kein Individuum. Den Römern aber iſt die Klage ein Individuum. Sie hat ihr beſtimmtes Gebiet, ihren beſtimmten Begriff, ihren eigenen Namen, ihre eigene Formel und ihre eigenthümliche Geſchichte; ihre Entſtehung beruht auf einer concreten hiſtoriſchen Thatſache, einem eignen Einführungsakt. Daher auch das Fortleben des Urhebers der Klage in dem Namen derſelben.[908])

Aus dem bloßen Stoff und Material allein, durch bloße Deduction und Abſtraction gelangt ſie noch nicht zur Exiſtenz, es bedarf des belebenden Odems einer mit ſchöpferiſcher Kraft ausgerüſteten Macht, um ſie ins Daſein zu rufen — kein römiſcher Juriſt hat eine Klage geſchaffen. Erſt mit dieſer ihrer Geburt iſt der Zeitpunkt gekommen, wo die bildenden Mächte des Lebens und der Jurisprudenz: das praktiſche Bedürfniß, die Conſequenz, die Analogie u. ſ. w. ſich an der Klage verſuchen können. Aber

908) Die Klagen, deren Urſprung ſich in die Vorzeit verliert, tragen ihren Namen nach der Sache z. B. rei vindicatio, actio confessoria, hereditatis petitio, die der ſpätern Zeit vorzugsweiſe nach ihrem Urheber z. B. actio Publiciana, Pauliana, Serviana, interdictum Salvianum. Iſt es zufällig, daß manche Klagen des prätoriſchen Edicts nach der Perſon des Prätors genannt ſind, andere nicht?

wie weit auch die Ausdehnung und Umgestaltung, die dadurch der Klage zu Theil wird, sich erstrecken möge, immer bleibt sie ein bestimmt abgegränztes Ding, ein Individuum — sie verflüchtigt sich nie als rein substantielles Atom in dem Aether des abstrakten Staatsschutzes.

In gewissem Sinn kann man daher sagen, die Römer kennen nicht die Klage, sondern nur die Klagen, wir umgekehrt keine Klagen, sondern nur die Klage. Die Idee des Rechtsschutzes löst sich im Prisma der römischen Rechtsauffassung in eine Summe einzelner ganz bestimmter Klagen auf, die sich einfach abzählen lassen.

Die bisher geschilderte, für die ganze Signatur des römischen Rechts so bedeutungsvolle Auffassung der Klage hat nun meines Erachtens ihre letzten Wurzeln in dem System der Legisactionen. Denn in ihm hat gerade der Gedanke, auf dem sie beruht: der der juristischen Individualität der Klage seine erste und zur höchsten Schärfe gesteigerte Verkörperung gefunden.[909a]) Die Legisactionen waren Individuen nach Art der Krystalle: scharfkantig, spitz, bis ins Kleinste hinein bestimmt, unabänderlich. Einer Jurisprudenz, die Jahrhunderte lang sie vor Augen und mit ihnen zu operiren hatte, konnte die Idee der Individualität der Klage nie wieder abhanden kommen.

Zu der im bisherigen vorgetragenen Auffassung der Legisactionen steht im Widerspruch die Ansicht eines neuern Schrift-

---

909a]) Für das englische Recht ist auch hier wiederum dieselbe Erscheinung zu constatiren, ja die Individualisirung der Klage artet hier in förmliche Zersplitterung aus d. h. auch das vom juristischen Standpunkt individuell Bedeutungslose d. h. die bloße äußere Verschiedenheit des Falls gibt hier den Stoff zu besondern Klagen her. S. z. B. Gundermann a. a. O. S. 348, 363, 377, 384, 391. Im römischen Recht würde in den meisten dieser Fälle ein Anschluß an eine bestehende Klage erfolgt sein. Daher ist die Zahl der Klagen im römischen Recht eine mäßige geblieben, während das englische Recht unter der Sündfluth von Klagen fast untergegangen ist.

ſtellers,[910]) deren Betrachtung ich aus Gründen der Darſtellung bis jetzt aufgeſchoben habe.

Die Anſicht betrifft zwar zunächſt nur den Urſprung der Legisactionen, allein mittelbar das ganze Weſen derſelben. Ihr Kern beſteht darin: die Formeln hätten einen heiligen, religiöſen Charakter an ſich getragen, ein Verſehen in dem Gebrauch derſelben ſei folgeweiſe unter den Geſichtspunkt einer Sünde gegen die Götter gefallen.

Was den Verfaſſer zuerſt darauf gebracht hat, den letzten Grund der Legisactionen im Himmel zu ſuchen, iſt ſeiner eignen Erklärung zufolge die exceſſive Aengſtlichkeit, mit der die Römer bei ihnen das Wort gehandhabt hätten. Es würde ihm, wenn er ſeinen Blick auf die irdiſchen Regionen hätte beſchränken wollen, an Parallelen auf Erden nicht gefehlt haben. Um von den Formeln des materiellen römiſchen Rechts zu ſchweigen, für die er jenen Charakter ebenſowenig in Anſpruch nehmen wird als für die des ſpätern Proceſſes, ſo hätte ihn das von mir im Verlaufe der Darſtellung öfters herangezogene Beiſpiel des isländiſchen und engliſchen, des altdeutſchen und altfranzöſiſchen Rechts lehren können, daß das Formelweſen auch auf profanem Boden zu einer Blüthe gedeihen kann, die hinter der im alten Rom um nichts zurückſteht.

Auch daß die Diener der Götter, die Pontifices, die Verfaſſer und Hüter der Legisactionen waren, findet zu jeder Zeit, in der die Geiſtlichen die Träger der gelehrten Bildung, oder, um minder anſpruchsvoll zu ſprechen, die Schreibmeiſter der Nation waren, ſein Seitenſtück, und dieſer Umſtand allein würde den von ihnen verfaßten Formeln ebenſowenig eine religiöſe Weihe zu verleihen im Stande geweſen ſein, als z. B. der Mönch Marculf im ſiebenten Jahrhundert für ſeine Formularienſammlung eine ſolche vindicirt haben wird.

910) A. Schmidt in der oben Note 872 citirten Gelegenheitsſchrift. Zur Rechtfertigung des Tones, den ich gegen dieſen Schriftſteller anſchlage, beziehe ich mich auf die Vorrede.

Daß die Legisactionen denselben Geist athmen, wie die Formeln des geistlichen Rechts, was bewiese es anders als die von mir mehr als von irgend Jemanden betonte und nachgewiesene Thatsache (S. 381 fl.): daß beide denselben Händen ihren Ursprung verdanken? Der eigenthümliche Styl der Pontifices geht durch das ganze Recht, das fas wie das jus, aber eben diese letztere, uralte Scheidung des Rechts in eine religiöse und profane Seite (B. 1 S. 266) lehrt, daß nicht jedes Institut dadurch, daß ein Pontifex seine Hand daran legte, die religiöse Weihe erhielt.

Ein Versehen in der Formel, heißt es weiter, fachte den Zorn der Götter an, denn die Formel war entnommen dem Gesetz, das Gesetz selbst aber vermöge der Auspicien unter göttlicher Mitwirkung erlassen. Einen Beweis der Richtigkeit dieser Auffassung soll die legis actio sacramento liefern: das sacramentum hatte den Zweck, die Götter zu versöhnen.

Der Verfasser ist die Antwort schuldig geblieben, warum sie die Sühne bloß bei jener legis actio, nicht aber auch bei den vier übrigen erhielten, namentlich der pignoris capio, die ja in gewissen Fällen eine ausgesprochene religiöse Beziehung hatte. Waren die Gesetze, in denen diese übrigen legis actiones ihren Ursprung hatten, weniger unter göttlichen Schutz gestellt? Schrie das Unrecht Jemandes, der mit manus injectio oder pignoris capio vorgegangen war, weniger zum Himmel, als dessen, der mittelst der leg. act. sacramento in ganz zahmer Weise den Weg Rechtens eingeschlagen und dabei einen Formfehler begangen hatte?

Ein Gebot gab es im alten Proceß, dessen religiöse Natur außer allem Zweifel steht: das Gebot der Beachtung der dies nefasti (§. 47d). Welche Folge hatte die Verletzung desselben? Die unbewußte konnte und mußte mittelst eines Piaculum gesühnt werden, die absichtliche konnte es nicht. Den religiösen Charakter der legis actio sacramento angenommen, so hätte also ein Mißgriff in der Benutzung ihrer Formel ebenfalls durch ein Piaculum gesühnt werden müssen. Daß bei den wirklich reli-

giöſen Formeln das Verſehen dieſe Folge nach ſich zog, wird uns ausdrücklich bezeugt. [911])

Doch unſer Gegner gibt uns ſelbſt die Waffen zu ſeiner Widerlegung in die Hand. Seiner Anſicht zufolge ſollen nämlich die Proceßformeln bereits vor den XII Tafeln vorhanden geweſen, ja zum Theil in ſie übergegangen ſein. Damit hat er ſelbſt den der religiöſen Weihe des Geſetzes entlehnten Grund beſeitigt. Worauf ſtützten dieſe uranfänglichen Formeln denn damals ihren „heiligen" Charakter? In der That, wenn nicht die Götter Roms dem Volk ſtatt Religionsbücher eine Sammlung von Proceßformeln in die Wiege gelegt haben, ich wüßte nicht, woher ihnen dieſe Weihe in der vorgeſetzlichen Periode hätte zukommen ſollen.

Aber auch als ſich in ihnen in den unter göttlichem Beiſtand erlaſſenen Geſetzen eine denkbare Quelle dieſer Weihe erſchloß, wie weit hätte ſich letztere bei einiger Conſequenz erſtrecken müſſen — ſie hätte das ganze alte Rom wie mit einem elektriſchen Licht übergießen müſſen. Jede Verletzung eines Geſetzes hätte dann zugleich eine Verletzung der Götter enthalten müſſen. Fühlte die überaus ſenſible und empfindliche Gottheit ſich als Schutzpatronin des Geſetzes ſchon durch ein fehlendes Wort in der bloßen Legisactio verletzt, um wie viel mehr ſollte man erwarten, durch eine Uebertretung des Geſetzes ſelber, durch eine abſichtliche, durch eine ſchamloſe Mißachtung deſſelben. Der Gott, dem der Beſtohlene, der bei der actio furti ſich verſpricht, ſchon ein Aergerniß iſt, wie wird er erſt den Dieb die Wucht ſeines Zorns fühlen laſſen. Aber der Dieb geht ungeſchoren davon; — dieſelben Götter, die für das Wort ein ſo ſcharfes Ohr haben, beſitzen für die Handlung kein Auge!

So lange nun der Beweis nicht erbracht wird — und er wird ewig auf ſich warten laſſen — daß die Uebertretung eines

---

911) Arnob. adv. gentes IV, 31 Piaculi dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quisquam . . . deerraverit. Cic. de har. resp. c. 23.

jeden Gesetzes in Rom als ein Vergehen gegen die Götter angesehen worden sei, so lange werden wir auch den Versuch, den göttlichen Zorn zur Erklärung des Wesens der Legisactionen zu verwenden, für einen mißlungenen erklären dürfen.

4. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen.

XLVII[d]. Das Verhalten des Rechts zu diesen beiden Kategorien seinem ganzen Umfang nach historisch zu verfolgen, würde eine der interessantesten und dankbarsten Aufgaben der vergleichenden Rechtsgeschichte sein. Als Resultat würden wir wahrscheinlich überall dasselbe finden, welches uns die römische Rechtsgeschichte aufweist: den fortgesetzten Kampf des Rechts gegen den beschränkenden und beengenden Einfluß jener beiden Momente, den Fortschritt von der Unfreiheit zur Freiheit, von der Abhängigkeit zur vollständigsten Herrschaft über Zeit und Raum.

An der gegenwärtigen Stelle müssen wir uns auf ein Stück dieser Geschichte beschränken: die Bedeutung beider Momente für die Form der Rechtsgeschäfte im ältern Recht; an der rechten Stelle wird das Fehlende nachfolgen (B. 3 S. 143 fl.)

Ich beginne mit dem Raum.

Welche Bedeutung das Problem der Ueberwindung des Raums für die Geschichte der Erfindungen, des Handels und die Culturgeschichte hat, und was der menschliche Erfindungsgeist auf diesem Gebiet geleistet hat, ist allgemein bekannt. Weniger bekannt dürfte es sein, daß und wie auch das Recht sich mit demselben Problem hat abmühen müssen. Die Schwierigkeiten, mit denen das Recht zu ringen hatte, lagen nicht in der Außenwelt, der Natur, sondern im Menschen selbst, aber sie waren darum nicht minder gering; und es hat nicht weniger Zeit und Anstrengung gekostet, sie zu bewältigen, als diejenigen, welche die Mechanik und die Naturwissenschaft zu überwinden haben. Der Abstand zwischen dem Einst und Jetzt, dessen letztere sich rühmen können, wiederholt sich auch für das Recht — wer das heutige mit dem altrömischen vergleicht, wird ihn kaum weniger erheblich nennen,

als den zwischen dem Eisenbahn- und Telegraphenwesen der heutigen Zeit und dem Schneckengang der Transportmittel der Vergangenheit.

Was ist für unser heutiges Recht die Entfernung, und was war sie einst! Einst ein absolutes Hinderniß für die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts, ist sie heutzutage für den Verkehr *rechtlich*[922] ohne den geringsten Einfluß. Contracte schließen, Besitz und Eigenthum erwerben und übertragen, Processe führen u. s. w., alles das kann man von jeder beliebigen Entfernung aus — Stellvertreter und Briefe ersparen dem Handelnden die Mühe des eignen Erscheinens. Ein alter Römer würde sich vielleicht nicht weniger darüber wundern, was man heutzutage mit Papier und Dinte, als was man mit Dampf und Electricität ausrichtet. Papier und Dinte vertreten bei uns nicht bloß die *Person*, sondern auch die *Sache*, wenigstens die wichtigste derselben: das *Geld*. Wechsel, Anweisungen, Banknoten, Papiergeld machen es unserm heutigen Verkehr möglich, das Gewicht einer Million auf wenige Lothe zu reduciren; gegenüber den Summen, die täglich in dieser luftigen Gestalt den Raum durcheilen, verschwindet die Masse des versandten Metallgeldes fast in nichts. Das Gemeinsame unseres gesammten heutigen Systems der Raumüberwindung im Gegensatz zu dem früherer historischen Epochen besteht in der *Substituirung todter Mittel an die Stelle der lebendigen*. Die Locomotive hat das Lastthier, der Telegraph den Boten, die Feder den Menschen ersetzt — Dampf, Electricität und Dinte sind die Hebel des heutigen Verkehrswesens.

Die Bedeutung des Raums im Recht der Gegenwart beschränkt sich im wesentlichen bloß darauf, daß der Raum die *Rechtsterritorien* und bis zu einem gewissen Grade das

922) Nur das Familienrecht kennt noch das Requisit der Anwesenheit — die Reise zur Hochzeit ist auch heutzutage eine *rechtlich* nothwendige Reise; das Privatfürstenrecht hat selbst sie erlassen (Stellvertretung).

Domicil der Rechtsverhältnisse bestimmt (Frage von der Collision fremder und einheimischer Gesetze).

Diese Gestalt nun, die unser heutiges Recht der Raumfrage gegeben hat, macht uns, eben weil sie den Ausdruck unserer modernen Anschauungsweise enthält, den Eindruck der höchsten Natürlichkeit und Nothwendigkeit. Dem alten Römer würde sie, wie bereits bemerkt, als das gerade Gegentheil erschienen sein — ein abermaliger Beleg dafür, welche Bewandniß es mit dem Begriff des „Natürlichen" hat! Das Natürliche ist das, was der Anschauungsweise einer bestimmten Zeit entspricht — was dieser Zeit als natürlich, erscheint jener als völlig unnatürlich. Der Gegensatz der Anschauungsweise, welcher der Behandlungsweise des heutigen und altrömischen Rechts zu Grunde liegt, läßt sich mit einem Wort bezeichnen — es ist der uns wohlbekannte der abstracten und sinnlichen (S. 406). Die Gestalt, die das Verhältniß im altrömischen Recht an sich trägt, ist nichts als ein abermaliger und höchst schlagender Beleg für die Macht des sinnlichen Elements. Sie war eine im hohen Grade unbequeme — eine Fessel für den Verkehr, die man sich selbst geschmiedet hatte, ein Joch, das man trug, weil und so lange man daran glaubte. Aber um sich von dem Glauben daran und damit von ihm selbst loszureißen, dazu gehörte erst ein Umschwung in der ganzen Anschauung, wie er sich nur im Lauf der Jahrhunderte und unter dem drängenden und zwingenden Einfluß bedeutender äußerer Veränderungen vollziehen konnte.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts unter Abwesenden besteht darin, daß die handelnden Personen sich an zwei verschiedenen Orten befinden. Diese Doppeltheit des Orts bei einem und demselben Rechtsgeschäft widerstrebt dem einfachen Sinn. Denn wenn es ein Geschäft sein soll, so ist auch Einheit der Handlung erforderlich (B. 3 S. 143 fl.); wie wäre aber letztere möglich, wenn die Personen nicht an demselben Ort gegenwärtig sind? Offerte und Accept, Frage und Antwort, Absenden und Eintreffen der Erklärung fallen hier in ganz verschiedene

Zeitmomente. Einheit der Zeit erfordert nothwendigerweiſe Einheit des Orts, Aufgeben der letzteren iſt Aufgeben der erſteren. Wollen Zwei juriſtiſch überein- oder zuſammenkommen (convenire, conventio) ſo mögen ſie es auch im natürlichen Sinn thun; da ſieht man, daß ſie etwas Gemeinſames vorhaben — ihre Vereinigung im Raum iſt die ſinnlich-natürliche Vorausſetzung ihrer Vereinigung im Willen. Ebenſo, wenn es eine unmittelbare Dispoſition über eine Sache gilt. Wie könnte man dieſelbe treffen aus der Entfernung? Das iſt dem naiven Sinn zu hoch. Er verlangt nicht bloß, daß man den Gegenſtand, um den es ſich handelt, ſehe, ſondern daß das rechtliche Verhältniß, in das man ſich zu ihm ſetzen, oder das man an ihm geltend machen will, kurz daß die Beziehung und Richtung des Willens zu ihm ſich in einer äußern Einwirkung auf ihn kund thue, verkörpere, — das Erforderniß der Einheit des Orts beſteht auch für die Sachen: wo die Sache unmittelbarer Gegenſtand des Rechtsgeſchäfts iſt (Beſitz- und Eigenthumsübertragung, Vindication, operis novi nunciatio, [923]) muß ſie den handelnden Perſonen zur Hand ſein.

So hat alſo das Rechtsgeſchäft ſeinen räumlichen Kreis, innerhalb deſſen Perſonen und Sachen gegenwärtig ſein müſſen. Für die Perſonen iſt er beſtimmt durch das Requiſit der mündlichen Rede (S. 575), durch Sprechen und Hören, er reicht ſo weit, als die Stimme und das Ohr trägt. Darum müſſen bei allen formellen Rechtsgeſchäften und bei allen Handlungen des Proceſſes, bei denen die Rede ſich gegen den Gegner richtet, beide Theile gegenwärtig ſein. [924]) Für die Sachen iſt

923) L. 5 §. 2 und 3 de O. N. N. (39. 1). Nunciationem autem in re praesenti faciendam i. e. eo loci, ubi opus fiat . . sufficit in re praesenti nunciari ei, qui in re praesenti fuerit.

924) Für die Stipulation, Mancipation, Abtretung vor Gericht und die Legisactionen (mit Ausnahme der pignoris capio, Gaj. IV, 29) iſt dies bereits früher bemerkt; ich hebe außerdem noch die in L. 6 §. 2 de conf. (42. 2) genannte confessio in jure und jurata operarum promissio hervor, ſowie die sententia arbitri, L. 27 §. 4 de rec. (4. 8).

jener Kreis bestimmt durch das Requisit des Greifens (Mancipation, Abtretung vor Gericht, Vindication S. 551); er reicht so weit als die Hand. Für die Tradition ist er im neuern Recht (S. 413) ungleich weiter gezogen; hier reicht er so weit, als das Auge (traditio longa manu). Die Tragweite des Willens im Raum stuft sich demnach ab nach dem der Organe: der Hand, der Sprachwerkzeuge, des Ohrs, des Auges — darüber hinaus kann der Wille keine Wirkungen ausüben. Um ihm diese zu ermöglichen, hätte man an die Stelle der mündlichen Rede das Schreiben oder an die der eignen Rede die des Stellvertreters setzen und rücksichtlich der Sachen das Requisit der actuellen oder (beim Besitz) potentiellen Einwirkung auf dieselbe erlassen müssen.

Hat das ältere Recht sich dazu verstanden? Die Frage ist entschieden zu verneinen. Nur rücksichtlich des Princips der Präsenz der Sache ließ man im Vindicationsproceß nicht sowohl eine Ausnahme, als eine Erleichterung zu: Repräsentation des Streitobjects (S. 491),[925] die auf die Mancipation unbeweglicher Sachen nicht ohne Rückwirkung bleiben konnte und für sie die völlige Aufgabe jenes Princips nach sich zog (S. 557).

Das bisher betrachtete Requisit bestand für sämmtliche Rechtsgeschäfte. Für gewisse Arten derselben gesellte sich noch ein anderes hinzu, welches den Ort nicht wie jenes bloß relativ, sondern absolut bestimmte. Alle an die Mitwirkung des Volks, der weltlichen und der geistlichen Behörden geknüpften Rechtsgeschäfte (S. 552: 1, 2, 3) waren nur am Sitz dieser Gewalten, in Rom[926] möglich. Gruppiren wir dieselben nach

925) Nicht bloß bei unbeweglichen Sachen, sondern auch bei beweglichen, die sich ohne Unbequemlichkeit nicht vor Gericht bringen ließen, Gaj. IV, 17.

926) An welchen Orten innerhalb Roms, ist damit schon gesagt. Es wäre vielleicht nicht uninteressant, die Topographie Roms einmal mit Rücksicht auf das Recht und den Verkehr in seinem weitesten Umfange zu verfolgen. Als Beiträge dazu folgende Notizen. Eidliche Versprechungen wurden

den Rechtsgebieten, denen ſie angehörten, ſo mußten in Rom vorgenommen werden

aus dem Familienrecht:

die Arrogation, Adoption, Emancipation, Eingehung und Trennung einer confarreirten Ehe, Abtretung der Tutel;

aus dem Sachenrecht:

die Manumiſſion, Beſtellung von Urbanal- und perſönlichen Servituten;

aus dem Erbrecht:

die Errichtung des testamentum in comitiis calatis — das hieß aber, da letztwillige Verfügungen nur in Form des Teſtaments möglich waren: jede letztwillige Dispoſition — und die Abtretung der Erbſchaft;[927])

aus dem Proceß:

ſämmtliche gerichtliche Akte des Legisactionenproceſſes; im Formularproceß waren nur die judicia legitima auf Rom beſchränkt, nicht die judicia imperio continentia.[927a])

Dieſe Regel erlitt jedoch zwei Modificationen. Die erſte: die freiwillige Gerichtsbarkeit der römiſchen Magiſtrate (legis actio in dieſem Sinn) war nicht auf Rom beſchränkt, ſie begleitete

---

in alter Zeit an dem Altar des Herkules (ara maxima) abgelegt, Vergleichsverhandlungen im Tempel der Concordia gepflogen (Plin. Epist. V, 1), die Kriegsbeute ward zum Zweck der Recognition von Seiten der früheren Eigenthümer auf dem Marsfeld aufgeſtellt (Liv. III, 10. XXXV, 1) — man beachte die Allegorie des Orts in den beiden Fällen — die Verkündigung der Concurſe durch öffentlichen Anſchlag erfolgte an der columna Maenia auf dem Puteal (Schol. Bob. Orelli II, 295) nahe beim Carcer (Plin. H. N. VII, 60), das sacramentum ward am pons publicius deponirt.

927) Ob nicht auch die Antretung? Es fehlt uns leider an allen Nachrichten über die urſprüngliche Form der Erbſchaftsantretung. Die dem ſpätern Recht angehörige bonorum possessio mußte vor dem Prätor (wenn auch nicht immer vor dem Tribunal deſſelben), alſo regelmäßig in Rom nachgeſucht oder angemeldet werden.

927a) Gaj. IV, 104, 105.

dieſelben auch auf ihren Reiſen z. B. in die Provinzen.[928]) Die zweite: zu Gunſten des Heeres war an die Stelle des testamentum in comitiis calatis das testamentum in procinctu geſetzt, und über die Soldaten übte der Feldherr wie die Straf- ſo auch die Civilgerichtsbarkeit.[929]) Darin lag zugleich die freiwillige Gerichtsbarkeit, und ſämmtliche durch in jure cessio zu vollziehenden Akte z. B. die Freilaſſung konnten mithin auch im Felde vorgenommen werden, ſo daß alſo nur die Eingehung oder Trennung der confarreirten Ehe für die Rückkunft nach Rom aufgeſpart werden mußten — eine Beſchränkung ohne alles praktiſche Intereſſe.[929a])

Abgeſehen von dieſen beiden Modificationen mußte Jeder, der eins der obigen Geſchäfte vollziehen wollte, ſich nach Rom verfügen. So lange das römiſche Gebiet ſich auf einen kleinen Umkreis beſchränkte, lag in dieſer Einrichtung keine nennenswerthe Unbequemlichkeit. Wer kam nicht von Zeit zu Zeit in die Stadt?

---

928) Keller Röm. Civilproc. §. 3. Ob von jeher? Sie ſtammte ja zum Theil erſt aus ſpäterer Zeit, ſ. Note 737. Wie man im römiſchen Leben die dargebotene Gelegenheit benutzte, darüber ſ. z. B. Plin. Epist. IV, 16, 32.

929) Gell. VII, 1. Val. Max. III, 7, 1. Liv. epit. lib. 86. In welcher Proceßform? Die legis actio sacramento war, ſo wie ſie uns geſchildert wird, an Rom (B. 1 Note 214) und die Mitwirkung der Pontifices gebunden. Bewegte ſich der Proceß im Lager, wo es an Juriſten von Fach fehlte, etwa in freieren Formen? Das möchte das Wahrſcheinlichere ſein. Der Proceß vor dem Feldherrn gehörte zur Claſſe der judicia imperio continentia, d. h. derer welche mit dem imperium zuſammenhängen (in dieſem Sinn kommt continens ſehr häufig vor, z. B. aedificia continentia, woran man mit Unrecht Anſtoß genommen hat, ſ. z. B. L. 4 §. 2 quib. c. pig (20. 2) L. 6 de proc. (3. 3). Die judicia imperio continentia werden aber dem „lege aut judicio legitimo agere" entgegengeſetzt. Ulp. XI, 27.

929a) Wenn ich in der erſten Auflage auch die arrogatio ausgenommen hatte, ſo hat mich inzwiſchen Sueton. Galba c. 17 . . pro concione adoptavit eines beſſern belehrt; das Heer galt wie für das Teſtament ſo auch für dieſen Akt als Volk.

Der Marktverkehr, der Gottesdienſt, die Spiele, Feſte, die Volksverſammlungen u. ſ. w. gaben Anläſſe genug dazu. Es war kaum ein anderes Verhältniß, als es auch heutzutage bei größeren Amtsbezirken Statt findet.

Ganz anders aber ſtellte ſich die Sache, als die Gränze des Gebiets ſich weiter und weiter von Rom entfernte. Die Verfaſſung ſowohl wie das Privatrecht waren im weſentlichen berechnet auf eine Stadt; konnte man ſie beibehalten für ein Reich? Die Frage, die damit an die Geſetzgebung herantrat: Beibehaltung des Bisherigen d. h. äußerſte Centraliſation oder angemeſſene Decentraliſation war eine der gewichtigſten, die ihr je zur Entſcheidung vorgelegen hat, und an der unvollkommnen Löſung derſelben, an dem Mißverhältniß zwiſchen Stadt und Reich iſt die Republik mit zu Grunde gegangen. Für das Privatrecht hatte zwar die Frage bei weitem nicht die Bedeutung wie für das öffentliche Recht, und die Hinderniſſe, die ſich ihrer befriedigenden Löſung in den Weg ſtellten, waren nach dieſer Seite hin ungleich geringer. Allein um ſo bezeichnender iſt die Läſſigkeit, das Widerſtreben, das ſelbſt nach dieſer Richtung hin an den Tag tritt. Vor allem trifft dieſe Bemerkung alle diejenigen Akte und Verhältniſſe des Privatrechts, welche eine unmittelbare oder mittelbare religiöſe Beziehung hatten und als zur Competenz des Pontificalcollegiums gehörige eben damit an Rom gewieſen waren. Welches Mißverhältniß war es z. B., daß man noch zu Gajus Zeit eine Arrogation nur in Rom vornehmen konnte,[930] alſo aus den entfernteſten Provinzen zu dieſem Zweck nach Rom reiſen mußte! oder daß ein Provinzialſtatthalter von Bithynien wie Plinius ſich die Autoriſation zur Verſtattung der Verlegung eines Grabmahls erſt vom Pontifex Maximus in Rom (Trajan) erwirken mußte![931] Seine minder ſcrupulöſen Vorgänger hatten

930) Gaj. I, 100.

931) Plin. Epist. X, 73 (69), das Antwortſchreiben von Trajan ibid. 74.

sich freilich nach seinem eignen Bericht öfter darüber hinweggesetzt.

Thaten sie so Unrecht daran? Wenn die Gesetzgebung es unterläßt, unmöglich gewordene Einrichtungen zu beseitigen, so kann und muß die Praxis sich selber helfen; so geschah es überall, so geschah es auch in Rom. Der Prätor sollte sich zum Manum conserere mit den Partheien aufs Grundstück verfügen — wie war das durchführbar, als es zu dem Zweck statt eines bloßen Ganges, den das Gesetz im Auge hatte, einer förmlichen Reise bedurfte? Die Prätoren hätten, um dieser Bestimmung zu genügen, ihre sonstigen Pflichten vernachlässigen müssen. Wie wir wissen, waren sie verständig genug, sich über jene Vorschrift hinwegzusetzen.[932]) Ebenso machten es die übrigen Beamten. Der Feldherr reiste nicht mehr eigens nach Rom zurück, um dort die Auspicien zu erneuern,[933]) die Fetialen nicht mehr in Feindes Land, um den Speer hinüber zu werfen. Sie halfen sich in ächtrömischer Weise durch repräsentative Nachbildung des erforderlichen Grund und Bodens, wenigstens ist dies in drei Fällen ausdrücklich bezeugt.[934])

932) Was Gell XX. 10 von diesem Fall bemerkt, paßt für alle folgende: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu etc.

933) In früherer Zeit ward er von dem Senat zu diesem Zweck nach Rom berufen Liv VII, 19. XXIII, 22, späterhin ward ihm bloß aufgegeben ut dictatorem in agro Romano diceret (s. folg. Note) Liv. XXVII, 29. Warum mußte der Dictator in der Stadt ernannt werden? Weil er für die Stadt ernannt ward (Princip der Präsenz). Im Felde hatte er vor dem Consul nichts voraus, hier war das imperium beider gleich, dagegen war das der Consuln innerhalb der Stadt durch das Interventionsrecht der Tribunen und die Provocation an die Volksversammlung beschränkt, und diese Beschränkungen hinwegzuräumen war der Zweck und Vorzug der Dictatur. Seit Ausdehnung des Provocationsrechts über die Bannmeile hinaus erhielt eben damit die (dasselbe ausschließende) Dictatur dieselbe Ausdehnung.

934. B. 1 S. 326 Note 250, 251. Für den in der vorigen Note besprochenen Fall fehlt es an einem Zeugniß. Liegt vielleicht in dem „in agro

Dem Verkehr ward es weniger leicht, ſich von dem läſtigen Requiſit der Anweſenheit in Rom zu befreien. Vollſtändig gelang es ihm nur rückſichtlich der Teſtamentsform; das von ihm erfundene Mancipationsteſtament, welches neben andern Vorzügen auch den der Ortsentbindung von Rom enthielt, trat ganz an die Stelle der ältern Form. Rückſichtlich der andern Geſchäfte vermochte er ſich, ſo lange der Prätor ſich nicht ins Mittel legte, nur in unvollkommener Weiſe zu helfen, nämlich durch factiſche Vornahme der Geſchäfte außerhalb Roms und den Schutz, den die Sitte ihnen gewährte. Das Hauptbeiſpiel bieten die Freilaſſungen. Man erklärte den Sklaven vor Zeugen für frei (manumissio inter amicos) und behandelte ihn fortan als ſolchen, bis ſich Zeit und Gelegenheit fand, in Rom vor dem Cenſor oder Prätor den Akt in aller Form Rechtens zu wiederholen.[935] Ein anderes Beiſpiel liefert die obrigkeitliche Beſtellung eines Vormundes nach der lex Atilia (tutor Atilianus). Sie mußte in Rom geſchehen.[936] Bis man zur Reiſe nach Rom Zeit fand, verwaltete, wie es bis zum Erſcheinen des Geſetzes immer der Fall geweſen, irgend eine dem Pupillen nahe ſtehende Perſon factiſch das Amt des Tu-

---

Romano" der Formel eine Aufforderung zu einer künſtlichen Herſtellung des ager Romanus, oder iſt der Begriff ähnlich wie der des Grundeigenthums von vornherein ein elaſtiſcher geweſen, d. h. bezeichnete er das der römiſchen Herrſchaft zur Zeit unterworfene Land, ſo daß er mithin mit letzterer gleichen Schritt hielt? Für beide Begriffe bildete Italien die Gränze, nur daß der Begriff des Grundeigenthums (praedium in italico solo) ſich durch Verleihung des jus italicum auch auf die Provinzen übertragen ließ, während dies für den ager Romanus ausgeſchloſſen war. Liv. XXVII, 5: agrum Romanum . . Italia terminari.

935) Das geſchah auch noch in ſpäterer Zeit, nachdem die lex Junia Norbana die unvollkommnen Freilaſſungen geſetzlich anerkannt hatte ſ. z. B. Plin. Ep. VII, 16. Si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti. Virg. Buc. I, 28. Caussa Romam videndi fuit libertas.

936) Gegen die Meinung, daß ſie ſich auf ſtadtſäſſige Pupillen beſchränkt habe (Rudorff Recht der Vormundſchaft B. 1 §. 47) ſ. Th. Mommſen die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpenſa und Malaca S. 438.

tors. Auch hier gab später der Prätor dem Factischen rechtliche Gestalt, nämlich mittelst der Bestimmungen des Edicts über factische Tutoren (Protutoren).[937])

Für den Civilproceß gab es, um sich der Reise nach Rom zu entziehen, keinen andern Ausweg als Vereinigung beider Partheien über schiedsrichterliche Entscheidung. Es gehörte zum Begriff des „lege agere" und des judicium legitimum, daß der Proceß in Rom spielte; Processe unter römischen Bürgern außerhalb Roms, ein Anwendungsfall der judicia imperio continentia[938]) kamen, von dem Note 929 erwähnten Fall abgesehen, erst in späterer Zeit auf. Aber der alte Proceß vermochte sich dem Einfluß der Gebietserweiterung doch nicht ganz zu entziehen, und es sind bereits früher (S. 556 und S. 623) zwei Spuren namhaft gemacht, in denen dieser Einfluß unverkennbar hervortritt, ich meine die Selbstdispensation des Prätors vom Erscheinen beim Vindicationsakt an unbeweglichen Sachen und die den Partheien durch die lex Silia und Calpurnia gewährte Dispensation vom Erscheinen im ersten Termin. Einen ähnlichen Zweck, das nutzlose Reisen möglichst zu ersparen, hatte auch die lex Hortensia aus dem Jahr 465, welche bestimmte, daß die Nundinen, welche früher dies nefasti gewesen,[939]) dies fasti sein sollten, was m. a. W. so viel hieß: das Landvolk könne, wenn es doch einmal des Marktes wegen zur Stadt komme, zugleich seine Rechtshändel abmachen.[940])

Dem bisherigen nach dürfte sich die Behauptung rechtfertigen, daß die Form der privatrechtlichen Geschäfte und die Organisation des Processes noch Jahrhunderte lang den Charakter

---

937) Dig. XXVII, 5 und 6.

938) Gaj. IV, 105 . . extra primum urbis Romae miliarium

939) Fest. Nundinae.

940) Macrob. Sat. I, 16. Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.

athmeten, den das römische Recht ursprünglich an sich trug — den eines Stadtrechtes. Denselben Gesichtspunkt für das öffentliche und geistliche Recht und die Religion[941] zu verfolgen, liegt außerhalb der Gränzen unserer Aufgabe.

Die Beschränkungen, denen die Form[942] der Rechtsgeschäfte rücksichtlich der Zeit unterlag, lassen sich ebenfalls auf zwei Classen zurückführen: relative und absolute.

Die relative Beschränkung hat in der Idee der Einheit des Rechtsgeschäfts ihren Grund und äußert sich daran, daß die einzelnen Handlungen, welche zur Begründung des Rechtsgeschäfts erforderlich sind, in denselben Zeitmoment fallen müssen. Da wir diesem Punkt an späterer Stelle (B. 3 §. 53) eine eingehendere Erörterung widmen müssen, so können wir ihn hier völlig übergehen.

Die absoluten Beschränkungen waren doppelter Art. Zunächst positiver Art. Für gewisse Geschäfte gab es wie nur einen bestimmten Ort, so auch nur einen ganz bestimmten Zeitpunkt zu ihrer Vornahme, nämlich für die Testamente (zweimal im Jahr[947]) und die Freilassungen (alle fünf Jahr einmal, bei Gelegenheit des Census)[948] — beides höchst lästig und auf die Dauer unhaltbar und darum durch den Verkehr schon früh beseitigt.[949] Eine andere Beschränkung war negativer Art: die gerichtlichen Legisactionen sollen nicht an dies nefasti vorgenommen werden. Diese Vorschrift hatte wie die ganze Zeiteintheilung einen religiösen Charakter und bestand nicht für die Partheien (denen ursprünglich die Reihenfolge der dies fasti und nefasti

941) Die klassische Stelle dafür ist Liv. V, 52.

942) Die höchst wichtige Beziehung der Zeit zu dem Inhalt des Rechtsgeschäfts wird in der Theorie des subjectiven Willens erörtert werden.

947) Gaj. II, 101. Calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.

948) Das ergibt sich schon aus der Controverse im Fragm. de manum. (Dosith.) §. 19.

949) Ueber die Freilassungen s. Note 737.

sogar ein Geheimniß gewesen sein soll), sondern für den Magistrat,[950] und auch für ihn enthielt sie nur ein bloßes Sollen, d. h. wenn er sie übertreten, so hatte er dies zwar durch ein Piaculum zu büßen, allein die Handlung war und blieb in ähnlicher Weise gültig wie so manche außerprocessualische in Uebertretung einer bestehenden Verbindlichkeit vorgenommene Handlungen, m. a. W. die Vorschrift hatte nur die Natur einer lex minus quam perfecta.[951] Aus diesem Grunde waren also die außergerichtlichen Akte des Legisactionenprocesses (S. 619) durch jene Vorschrift ebensowenig gehindert,[952] wie die Rechtsgeschäfte, soweit sie nicht der Mitwirkung der Obrigkeit in Form der legis actio bedurften.[953]

---

950) Varro de L. L. VI, 29 praetoribus licet dicere. 30 nefas praetorem dicere. Ebenso Macrob. Sat. I, 16.

951) Varro §. 30 cit. Ulp. Prooem. §. 2. Aehnlich wie bei uns Uebertretung der Sonntagsordnung durch Ladengeschäfte während der Kirchzeit, oder, um eine Parallele von unsern heutigen Beamten zu geben, Copulirung ohne vorheriges Aufgebot.

952) Was Gaj. IV, 29 von der pign. capio bemerkt, ist also keine Irregularität oder utilitarische Bestimmung (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproc. I S. 223 „die pign. cap. litt keinen Verzug," wobei ihm mehr die deutsche Pfändung als die römische pignor. capio vorgeschwebt haben mag), sondern ein nothwendiger Ausfluß des Princips und galt von allen außergerichtlichen Legisactionen.

953) Ueber die letztere Frage sind freilich die Ansichten getheilt. s. v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilg. Proceß I. S. 86.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K
J5973
G3
1866
v.2
pt.2

Jhering, Rudolf von
Geist des römischen Rechts
auf den verschiedenen Stufen
seiner Entwicklung